La Gazette Santé Social
LE MENSUEL DES ACTEURS SANITAIRES ET SOCIAUX

Guide pratique du droit de la famille et de l'enfant

en action sociale et médico-sociale

Pierre-Brice Lebrun

Acteurs et contexte



Législations et jurisprudence



Usage professionnel

DUNOD


SHOUT
SHARE
IT

PIERRE-BRICE LEBRUN



© Alen Méaulle, http://www.alimage.net

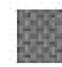
Il a occupé pendant une quinzaine d'années différents postes dans le secteur social (prévention spécialisée, insertion par l'économique) et enseigne désormais le droit à des travailleurs sociaux et médico-sociaux, en formation initiale et continue.

Pierre-Brice Lebrun

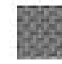
Guide pratique du droit de la famille et de l'enfant

en action sociale et médico-sociale

Acteurs et contexte



Législations et jurisprudence



Usage professionnel

La Gazette Santé Social
LE MENSUEL DES ACTEURS SANITAIRES ET SOCIAUX

DUNOD

Sommaire

Avant-propos VII

Partie 1
Le droit : les acteurs et le décor

Chapitre 1 **Le droit et l'arborescence du droit** 3

Chapitre 2 **Les juridictions** 31

Chapitre 3 **Les responsabilités** 47

Partie 2
Le droit de la famille
De la naissance à la mort

Chapitre 4 **L'état civil et l'état des personnes** 73

Chapitre 5 **La filiation** 105

Chapitre 6 **L'adoption** 121

Chapitre 7 **La minorité, la majorité et l'émancipation** . 133

Chapitre 8 **Le mariage** 141

Chapitre 9 **Le PACS et le concubinage** 157

Chapitre 10 **Le divorce et la séparation** 165

Chapitre 11 **Les obligations alimentaires** 183

Chapitre 12 **La protection des majeurs** 195

Chapitre 13 **Le décès, l'absence et la disparition** 229

Partie 3
L'autorité parentale et la protection de l'enfance

Chapitre 14 **Généralités sur l'autorité parentale** 241

Chapitre 15 **L'acquisition et le retrait de l'autorité parentale** 251

Chapitre 16 **L'exercice de l'autorité parentale** 263

Chapitre 17 **L'autorité parentale et les tiers** 277

Chapitre 18 **Les attributs de l'autorité parentale** 291

Chapitre 19 **La protection de l'enfant en danger, ou en risque de l'être** 313

Annexes 341

Avant-propos

Ce **Guide pratique** raconte le droit aux acteurs sociaux et médico-sociaux. Il détaille le droit de la famille de la naissance au décès. Il l'explique de manière simple et concrète. Il s'efforce de ne pas le découper en tranches – ce qui le rend indigeste – et de situer chaque domaine exploré dans l'immensité de la matière juridique. Il pose modestement – pour que chacun arrive à s'y retrouver – des jalons quasi géographiques : il trace des pistes qui deviennent vite des autoroutes.

Il construit des ponts – parfois des passerelles ou des viaducs – pour tisser des liens entre le droit civil, le droit pénal, la santé et l'action sociale ou médico-sociale.

Il traite de tout ce qu'un travailleur social ou médico-social doit savoir du droit de la famille et de l'enfant : il révèle même comment s'orienter dans ce que d'aucuns s'aventurent à qualifier de jungle (ce qui est très exagéré), qu'il transforme en un inoffensif et apaisant parc paysager.

Ce *Guide pratique* s'exprime en français : même le profane et l'allergique – c'est une bonne nouvelle – ne le trouveront donc pas rébarbatif.

UN DEVOIR N'EST JAMAIS OBLIGATOIRE

Il décrit avec précision comment le droit et la justice tentent de protéger – sans toujours y parvenir – les majeurs (par le mécanisme de la tutelle, de la curatelle, de la sauvegarde, qui peut être judiciaire ou médicale) et les mineurs : c'est alors le rôle de l'autorité parentale, de l'administration légale ou de l'assistance éducative.

Il évoque le signalement de l'enfant en danger ou en risque de l'être et disserte sur les conséquences de la vulnérabilité de certaines victimes.

Il s'insinue pour les mieux observer dans les méandres alambiqués du secret professionnel, de la discrétion et du respect de la vie privée.

Il détaille le divorce et définit la majorité sexuelle.

Il clarifie les règles de la filiation.

Il rappelle que les parents qui exercent l'autorité parentale se retrouvent l'un et l'autre à égalité de droits et de devoirs, même en cas de divorce, et que le droit de visite n'a en conséquence plus aucune utilité.

Il éclaire sur leurs obligations réciproques les obligés alimentaires.

Il expose les obligations – qu'il ne faut pas confondre avec des devoirs : exercer ses devoirs n'est jamais obligatoire et toujours éminemment subjectif – qui reposent sur les épaules d'un travailleur social ou médico-social – qu'il travaille dans le secteur public ou dans le secteur privé – ainsi que les risques – souvent ignorés – qui en découlent (ainsi bien sûr que la façon de s'en prémunir : elle ne réside jamais dans l'inaction et la passivité).

UNE QUESTION EN APPARENCE SIMPLE

La réponse juridique à une question en apparence simple (qui peut administrer des médicaments dans une structure sociale ou médico-sociale ? le secret professionnel peut-il se partager ? un signalement d'enfant maltraité peut-il être adressé directement au procureur de la République ?) est le résultat de la mise en perspective d'un certain nombre d'articles issus de différents codes, complétée de jurisprudences mâtinées de principes juridiques. On ne la trouve donc pas en feuilletant un code quand on n'est pas rompu à l'exercice : un code – ouvrage de référence utile voire indispensable à qui connaît le droit – n'est que source de confusions et d'amalgames entre les mains d'un profane.

Ce *Guide pratique* aidera chacun à se poser au bon moment les bonnes questions pour pouvoir trouver au bon endroit les bonnes réponses.

UNE DISCIPLINE LITTÉRAIRE PROCHE DE LA PHILOSOPHIE

Le droit n'est pas un ensemble rébarbatif de lois et de règlements qu'il faut apprendre par cœur sans se poser de questions. Le droit est une discipline littéraire proche de la philosophie : il est indispensable de le comprendre et d'en percevoir la logique avant de tenter de l'apprendre.

Le droit est une matière riche et vivante intimement liée à l'histoire et au quotidien des peuples, des cultures et des Hommes. Il est le socle de l'instruction civique : chaque citoyen doit en maîtriser les bases pour exercer intelligemment les droits que le droit lui attribue et que la justice lui garantit. La logique des responsabilités – si elle était maîtrisée – rendrait aussi chacun plus respectueux des autres et moins égoïste.

UN JEU DE SOCIÉTÉ

La vie en collectivité est un jeu. Le droit en est la règle. Il donne à chaque citoyen la possibilité de ne pas être un pion : seul le pion ignore les règles du jeu auquel on le force à jouer... Nul n'est censé ignorer la loi, mais rares sont ceux qui la connaissent, et de plus en plus de citoyens, de professionnels, refusent de comprendre que la respecter simplifie et pacifie la vie de tous.

Ne craignez pas pour ma santé mentale que je rêve d'une société d'avocats : elle serait invivable ! Je rêve seulement d'une société où le droit serait enseigné au collège pour que chacun se sente responsable et acteur de sa propre vie.

UN USAGER MIEUX ACCOMPAGNÉ

Ce *Guide pratique* se lit d'une traite et se consulte ensuite au gré des besoins qu'exprime le terrain. Il permet au professionnel (et au professionnel en devenir) de développer ou d'étayer ses connaissances juridiques et judiciaires : elles s'avèreront au quotidien plus utiles et plus précieuses qu'il ne feint de le croire pour se rassurer. L'usager qu'il encadre ou fréquente lui en saura gré : mal conseillé, mal accompagné, il serait aussi mal protégé. Le droit est un outil. On reconnaît paraît-il les bons professionnels à la qualité de leurs outils : faisons donc ensemble un bout de chemin pour apprendre à apprivoiser celui-ci...

Partie 1

Le droit : les acteurs et le décor

Chapitre 1 **Le droit et l'arborescence du droit** 3

Chapitre 2 **Les juridictions** 31

Chapitre 3 **Les responsabilités** 47

Chapitre 1

Le droit et l'arborescence du droit

PLAN DU CHAPITRE

1. Objectif ou subjectifs ? 6

Le droit objectif 6

Les droits subjectifs 7

La justice 9

2. Les sources du droit 9

Les sources directes du droit 10

Les sources indirectes du droit 10

Les sources historiques du droit 11

Les sources philosophiques du droit 12

3. Le droit civil 13

Le droit civil est un droit protecteur 15

4. Le droit pénal 17

Le droit pénal repose sur la notion d'infraction 18

Les infractions sont classées en trois niveaux de gravité 19

L'infraction est constituée lorsque sont réunis ses trois éléments constitutifs 22

La procédure en quelques mots 23

5. Le droit pénal des mineurs 26

L'ordonnance de 2 février 1945 26

Le code de justice pénale des mineurs 27

LE DROIT CIVIL et le droit pénal font partie du droit privé, par opposition au droit public. Le droit public organise le fonctionnement des personnes publiques (l'État, ses institutions et ses administrations, les collectivités territoriales, les établissements publics) : le droit constitutionnel, le droit fiscal, le droit administratif font partie du droit public. Le droit privé concerne les personnes privées : les personnes physiques et les personnes morales (les entreprises, les associations).

Le droit public est de la compétence des juridictions administratives, composées de magistrats de l'ordre administratif (tribunal administratif, cour administrative d'appel, Conseil d'État).

Le droit privé est de la compétence des juridictions judiciaires, composées de magistrats de l'ordre judiciaire (juridictions civiles et pénales de premier ressort, cour d'appel, Cour de cassation).

Le droit public et le droit privé forment le droit interne, propre à la France. Le droit processuel est le droit de la procédure (procédure civile, procédure pénale et contentieux administratif). Le droit interne est à différencier du droit international et du droit communautaire (européen).

Certains, précisons-le, attribuent au droit pénal la qualité de droit mixte, puisqu'il met en scène deux parties : celui qui a commis l'infraction (privé) et le ministère public (public), qui requiert la sanction au nom de la société qu'il représente, dont il défend les intérêts. La fonction de ministère public est exercée par le parquet et ses représentants, placés sous l'officielle autorité du ministre de la justice.

Le droit des affaires est une branche du droit privé qui rassemble le droit des assurances (Code des assurances), le droit boursier et le droit financier (Code monétaire et financier), le droit commercial et le droit de la concurrence (Code de commerce), le droit de la consommation (Code de la consommation), le droit de l'informatique (Code des postes et des communications électroniques), le droit de la propriété intellectuelle (Code de la propriété intellectuelle). Le droit social regroupe le droit du travail (Code du travail), qui ne s'applique qu'au secteur privé (le secteur public a des « cadres d'emploi ») et le droit de la sécurité sociale (Code de la sécurité sociale) : le droit du travail subordonné privé (c'est son nom exact) est de la compétence du conseil des prud'hommes, le droit de la sécurité sociale du tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS). On peut également citer le droit rural et de la pêche maritime,

régi par le code du même nom et rendu, pour sa partie rurale (bail, fermage et louage), par le tribunal paritaire des baux ruraux (TPBR).

Le droit de la santé publique (Code de la santé publique) et le droit de l'action sociale (Code de l'action sociale et des familles) font partie du droit public, bien qu'ils aient également des implications civiles.

1. OBJECTIF OU SUBJECTIFS ?

Le droit objectif est la matérialisation des droits subjectifs : les droits subjectifs reconnus à chaque citoyen inspirent (normalement) le législateur chargé d'élaborer et de voter les lois qui composent le droit objectif.

Le droit objectif

On appelle le droit « droit objectif » (ou droit positif) : c'est un ensemble de lois et de règlements dont l'application et le respect ne se discutent pas. Le droit objectif fait naître des interdictions et des obligations : c'est un droit opposable.

Les lois sont votées par le pouvoir législatif, qui appartient au Parlement, composé de l'Assemblée nationale et du Sénat.

Le règlement (ordonnances, décrets et arrêtés, dans l'ordre hiérarchique d'importance) émane du pouvoir exécutif, détenu par le Gouvernement et par les autorités administratives qui le représentent (ministre, maire ou préfet, qui signent des arrêtés ministériels, interministériels, municipaux ou préfectoraux). Les circulaires sont émises par les administrations qui dépendent du pouvoir exécutif, mais elles se contentent d'expliquer, de préconiser, de suggérer, elles n'ont aucun pouvoir normatif (elles ne peuvent établir de normes), aucun rôle impératif (elles ne peuvent pas imposer).

Les lois et certains règlements sont compilés dans des codes thématiques (le Code pénal est la compilation des lois et règlements qui forment le droit pénal). Il arrive qu'un L précède un numéro d'article : c'est le L de loi (le R est le R de règlement, le D, plus rare, est celui de décret). Les codes sont souvent construits en deux parties : une partie législative et une partie réglementaire.

Les droits subjectifs

Les droits subjectifs font naître des droits et des devoirs, qui ne sont jamais (ou très rarement) obligatoires. Les « droits créances » (j'ai droit à), dits « droits sociaux », ou « droits passifs », et les « droits liberté » (j'ai le droit de), dits « droits actifs », sont des droits subjectifs. Les droits subjectifs peuvent s'entendre comme l'ensemble des prérogatives reconnues à chaque individu par le droit objectif. On obéit au droit objectif, alors que l'on est seulement titulaire d'un ou plusieurs droits subjectifs, que l'on reste libre d'exercer ou non. Le père divorcé doit, c'est une obligation, en l'espèce « alimentaire », verser une pension à son ex-épouse pour contribuer à l'éducation de leur enfant, il a le droit de voir son enfant un week-end sur deux, mais rien ne l'oblige à exercer ce « droit de visite ». Ne pas respecter un droit ou un devoir n'est pas sanctionné, ne pas respecter une obligation ou une interdiction est passible de sanctions, pénales ou disciplinaires : le non-paiement de la pension alimentaire est une infraction délictuelle prévue par le Code pénal, punie *de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* (art. 227-3 CP).

Les droits subjectifs sont patrimoniaux, ou extrapatrimoniaux

En France, chacun possède un patrimoine, et un seul. Le patrimoine est un contenant, il peut ne rien contenir, voire moins que rien s'il n'est constitué que de dettes (le passif). Les droits patrimoniaux relèvent du patrimoine : ils sont

- transmissibles (on peut en hériter),
- cessibles (ils peuvent être vendus, donnés),
- saisissables (par les créanciers),
- prescriptibles (ils peuvent s'éteindre après l'écoulement d'un délai prévu par la loi).

Les droits patrimoniaux se divisent en droits réels et en droits personnels. Les droits réels sont les droits que l'on détient sur les choses (*res*, en latin), comme le droit de propriété : ce n'est pas parce que je détiens un droit que je vais l'exercer, d'où l'aspect subjectif. Les droits personnels sont ceux qu'un créancier détient contre un débiteur (débiteur doit s'entendre

au sens large : le débiteur doit exécuter une obligation, pas forcément payer, rembourser, ou verser de l'argent).

Les droits extrapatrimoniaux sont des droits subjectifs, ils ne s'inscrivent pas dans le patrimoine : ils sont

- intransmissibles (ils ne peuvent pas être légués),
- incessibles (ils ne peuvent pas être vendus, donnés),
- insaisissables (ils ne peuvent pas être saisis),
- imprescriptibles (ils ne s'éteignent jamais).

Le droit d'avoir un nom (art. 57 CC), le droit au respect de sa vie privée (art. 9 CC), le droit à l'image (etc.) sont des droits subjectifs extrapatrimoniaux.

Chacun, tout au long de sa vie, selon les choix qu'il va faire et les hasards de son existence, va s'ouvrir et se fermer des droits subjectifs, qu'il sera libre d'exercer ou non, qu'il pourra interpréter en toute liberté, qu'il pourra même considérer comme des devoirs. Un étranger peut par exemple vivre en France sans éprouver le besoin de demander la nationalité française ; il peut aussi, s'il le souhaite, tenter de l'acquérir, mais il ne pourra pas entamer les démarchés s'il habite en Norvège : son choix de vivre en France lui ouvre donc un droit qu'il est libre d'exercer ou non. S'il obtient la nationalité française, il pourra exercer, ou non, son droit de vote, il pourra même considérer ce droit de vote comme un devoir, et ne rater aucune élection. Un citoyen français a le droit, sous certaines conditions, d'entrer dans la fonction publique : s'il devient fonctionnaire, il s'ouvre des droits spécifiques dont un salarié du privé ne bénéficie pas, mais un salarié, du privé ou du public, a des droits (le droit à percevoir un salaire, le droit de prendre des congés) dont un travailleur indépendant ne bénéficie pas. Une femme enceinte a le droit d'avorter, mais elle peut, pour des raisons philosophiques, éthiques, religieuses, ne pas se reconnaître ce droit. Un couple hétérosexuel a le droit de se marier (ce n'est jamais une obligation), il s'ouvre, s'il se marie, le droit de divorcer...

Certains droits subjectifs sont attribués par les Conventions internationales, universelles ou européennes, ou encore par le préambule de la Constitution française : le droit au logement, le droit d'obtenir un emploi (« travailler est un devoir, obtenir un emploi est un droit »), le droit à l'instruction pour tous (l'organisation de l'enseignement public, gratuit et laïc est un devoir de l'État), le droit d'expression...

Nous évoquerons peu dans cet ouvrage la Convention relative aux droits de l'enfant, appelée Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) qui a été adoptée le 20 novembre 1989 sous l'égide de l'ONU pour entrer en vigueur le 2 septembre 1990. La France l'a signée le 26 janvier 1990 et officiellement ratifiée le 7 août 1990 : elle s'applique dans notre pays depuis le 6 septembre 1990. Le contenu de la CIDE a inspiré et inspire toujours le droit interne dans lequel sont entrées la plupart de ses dispositions (son article 12 qui donne à *l'enfant la possibilité être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant* a entraîné la rédaction en 1992 de l'article 388-1 du Code civil qui prévoit que dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge).

Chacun comprend, interprète et exerce ses droits comme il l'entend, dans la limite fixée par la loi, et dans le respect de la vie privée d'autrui : le droit d'expression est aussi le droit de n'avoir aucun avis, le droit de vote, celui de ne pas voter, ou de voter « blanc »...

Certains droits subjectifs se télescopent et se contredisent : le droit de la mère à accoucher anonymement (appelé en langage courant « accouchement sous X ») est difficilement compatible avec le droit fondamental de l'enfant à connaître ses origines, même si la loi a tenté de les concilier.

La justice

La justice est l'organisation mise en place par un État pour faire respecter les droits et les obligations de chacun par l'application du droit objectif. La justice ne fait pas le droit : elle applique le droit voté par le pouvoir législatif et exécuté par le pouvoir exécutif. Le droit est voté par un pouvoir élu que le peuple doit surveiller : c'est ce qui rend le droit légitime. La justice doit chaque jour préciser le droit, adapter à un cas particulier une loi qui a une portée générale : c'est ce que l'on appelle la jurisprudence.

2. LES SOURCES DU DROIT

Le droit a des sources directes et indirectes. Les sources directes du droit sont, dans l'ordre d'importance, les Traités internationaux, le droit de

l'Union européenne, la Constitution, la loi et le règlement : on appelle cela « la hiérarchie des normes ». Les sources indirectes du droit sont la jurisprudence, la doctrine et la coutume. Le droit a également des sources historiques et philosophiques.

Les sources directes du droit

La loi doit respecter les Traités et accords internationaux ratifiés par le Parlement ou approuvés par référendum : ils ont force obligatoire. Certains s'appliquent directement, d'autres doivent être transposés, intégrés au droit interne, sous forme de lois, de décrets.

La loi doit respecter le droit de l'Union européenne, composé de recommandations et d'avis, du règlement, des décisions et des directives.

La loi doit respecter la Constitution, la loi fondamentale qui régit le fonctionnement de la République. La France est « sous la V^{e} République » parce qu'elle respecte la cinquième Constitution républicaine de son histoire, adoptée le 4 octobre 1958. Elle est notre quinzième Constitution : la France a été une monarchie constitutionnelle, un empire, de nouveau une monarchie, de nouveau un empire... Différentes constitutions se sont donc succédé : celle qui a créé le Directoire (1795), le Consulat (1799), sans oublier la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 qui a donné les pleins pouvoirs au maréchal Philippe Pétain...

Les sources indirectes du droit

La jurisprudence

La jurisprudence est la mémoire de la justice, elle regroupe l'ensemble des décisions de l'ensemble des juridictions françaises. La jurisprudence est toujours indicative : elle n'a jamais la valeur d'une loi, d'un règlement. Elle enrichit la réflexion des magistrats. Elle inspire le législateur qui peut compléter, modifier, réformer les lois en vigueur. Elle n'est que la décision d'un tribunal, sa réponse à une question précise : les juges ne sont jamais obligés de suivre la jurisprudence, mais, si elle est constante (si elle n'a jamais été démentie), ils risquent d'être en appel désavoués s'ils n'en respectent pas les principes. On trouve bien

souvent des jurisprudences contraires, contradictoires. Un jugement fait jurisprudence quand il est utilisé comme argument, comme exemple, comme référence : un arrêt ou un avis de la Cour de cassation a alors souvent plus de valeur qu'un jugement de tribunal d'instance.

La doctrine

La doctrine est l'étude du droit, de l'esprit de la loi et de son application. Elle était jadis, d'où son nom, l'apanage des docteurs en droit, c'est-à-dire des professeurs d'Université : ils publient et enseignent leur analyse, leur réflexion, afin de faire évoluer la compréhension du droit, qui s'adapte sans cesse aux évolutions de la société.

La coutume

La coutume est une règle orale issue d'un usage prolongé : elle est une source indirecte du droit, tant qu'elle n'est pas illégale. Les rédacteurs du premier Code civil des Français, publié en 1803, ont tenté d'harmoniser les coutumes régionales, de les étendre à l'ensemble du territoire national.

Le droit coutumier est l'ensemble des règles consacrées par l'habitude, qui sont tolérées par l'autorité et par la justice : citons le droit reconnu aux parents de donner à leur enfant claques et fessées (droit coutumier de correction), ou le droit reconnu à la femme mariée de signer chèques et contrats du nom de son mari, qui n'est pourtant qu'un nom d'usage doté de peu de valeur légale.

Les sources historiques du droit

Il est traditionnel de faire remonter l'origine du droit au code Hammurabi : rédigé à Babylone à la demande du roi mésopotamien Hammurabi (1792-1750 av. J.-C.), il date de 1750 av. J.-C. Il est exposé au Louvre : c'est un bloc de basalte noir haut de 2,5 mètres, gravé de 252 articles. On avance qu'il serait à l'origine de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » (*nemo legem ignorare censetur*) qui n'est jamais apparu dans aucune loi, qui n'est écrit nulle part : Hammurabi avait fait ériger un exemplaire de son code au cœur de toutes les villes de

son royaume pour que son peuple ait accès aux lois auxquelles il devait obéir. On connaît aussi l'existence du code babylonien d'Ur-Nammu, daté de 2100 av. J.-C., plus ancien que le code Hammurabi, mais moins étudié.

Les principes du code Hammurabi se sont propagés autour de la Méditerranée. Ils ont été repris par les Grecs, par les Romains qui nous les ont imposés quand, cinquante ans avant Jésus-Christ, ils ont envahi la Gaule (à l'exception d'un petit village qui résiste encore et toujours). Les Européens les ont ensuite diffusés au hasard de leurs conquêtes et de leurs migrations en Amérique, en Afrique, en Australie...

On cite aussi volontiers le code Justinien (*corpus juris civilis*), publié par l'Empereur Justinien (482-565) en 529 à Constantinople (appelée ainsi en hommage à Constantin 1^er^ qui a choisi, le 11 mai 330, de faire de Byzance, actuelle Istanbul et ancienne Constantinople, la capitale de l'Empire romain). Il est la base du droit romain. Composé de douze livres (droit ecclésiastique, procédure judiciaire, droit privé, droit pénal, droit fiscal et droit administratif) pour rendre hommage aux XII Tables fondatrices du droit romain, le code Justinien est complété en 533 du *Digeste*, gigantesque recueil de jurisprudence, des *Institutes* (un manuel de droit à l'usage des étudiants) et des *Novelles* (mises à jour). Il inspire encore nos lois : il est par exemple à l'origine de la présomption de paternité (*pater autem is est quem nuptiae demonstrant*, le père est celui que le mariage désigne). Le code Justinien a limité la puissance paternelle, reconnu aux enfants naturels (nés hors mariage) un droit de succession (effectif en France en 1972), et amélioré la condition de la femme (en cas de divorce, de succession de son mari défunt).

Les sources philosophiques du droit

Le droit repose sur la réflexion des philosophes qui en ont inventé les principes, qui lui ont insufflé un esprit. Cesare Beccaria a théorisé les principes qui régissent aujourd'hui le droit pénal dans son ouvrage *Des délits et des peines* (1764) : son travail a inspiré les concepteurs de notre droit pénal. Jean-Jacques Rousseau a posé les bases de notre droit civil dans son ouvrage *Du contrat social* (1762). Il a étudié les travaux des philosophes grecs (Platon, Aristote), son travail a inspiré les Révolutionnaires et les concepteurs de notre droit civil. Il y a théorisé la notion de contrat « qui paraît juste entre hommes libres ».Montesquieu

a imaginé la démocratie et détaillé son fonctionnement dans son livre *De l'esprit des lois* (1748).

3. LE DROIT CIVIL

Si la vie en collectivité est un jeu, un jeu de société, le droit civil en est le mode d'emploi. Il fixe les règles d'une cohabitation harmonieuse entre citoyens : civil vient du latin *civis* qui est à l'origine de cité, de société, de civisme. L'étude du droit civil devrait être la base de l'instruction civique, qui ne peut en aucun cas se résumer au drapeau et à la connaissance de l'hymne national, qui ne sont que des symboles. Chaque citoyen comprendrait alors comment fonctionne la société dans laquelle il évolue. Il apprendrait à exercer les droits et devoirs dont il dispose. Il serait capable d'en exiger le respect : cela le rendrait moins vulnérable aux yeux de ceux qui tentent parfois d'abuser de son ignorance. Le droit civil propose une organisation qui permet d'éviter que surviennent des dommages. Lorsqu'un dommage est tout de même causé, ce qui arrive forcément, il en exige la réparation, qui ne peut être que pécuniaire, à moins d'être négociée à l'amiable entre les parties.

Le droit civil est compilé dans le Code civil, la manière de l'appliquer est détaillée dans le Code de procédure civile. Le droit civil établit que celui qui cause à autrui un préjudice, un dommage, doit en assumer les conséquences (il doit en répondre) : c'est le fondement de la responsabilité civile (art. 1382 CC) qui est l'obligation faite à celui par la faute duquel le dommage est arrivé, de le réparer. Le préjudice peut être moral, matériel, esthétique, etc.

Le droit au respect de la vie privée (art. 9 CC) permet à celui qui estime que sa vie privée n'a pas été, ou n'est pas respectée, de saisir une juridiction civile pour obtenir réparation du préjudice que ce non-respect lui cause : le droit à l'image est un dérivé jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée.

Le droit pénal punit les infractions commises, le droit civil impose la réparation des dommages causés.

La procédure civile relève du droit processuel (le droit des procédures), comme la procédure pénale (la manière détaillée d'appliquer le droit pénal) et le contentieux administratif (la manière détaillée d'appliquer

le droit administratif : contentieux est le synonyme administratif de procédure). Le droit civil est composé du droit des personnes et de la famille (état civil, mariage, divorce, filiation, etc.), du droit des obligations (contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits) et du droit des biens (propriété, possession, servitudes). Il est de la compétence des juridictions civiles. Le droit de la famille est une composante du droit civil. Le droit de la consommation en est une autre.

Le premier Code civil des Français a été rédigé par Jean-Étienne Marie Portalis (1746-1807), François Denis Tronchet (1723-1806), Jacques de Maleville (1741-1824) et Félix Julien Jean Bigot de Préameneu (1747-1825), sous la direction de Jean-Jacques de Cambacérès (1753-1824), Second Consul, puis archichancelier (Premier ministre) de l'Empire. Ils se sont aussi inspirés du code de Justinien (529), qui évoque déjà la puissance paternelle, ancêtre de l'autorité parentale, l'émancipation, le divorce, les successions...

Le Code civil a été surnommé Code Napoléon sous le Second Empire (1852-1870) : Napoléon III voulait ainsi rendre hommage à son oncle, Napoléon Bonaparte, qui, alors Premier Consul, l'avait promulgué le 21 mars 1804, deux mois avant la naissance du Premier Empire.

Le droit civil dispose d'un outil principal : le contrat (qu'il faut toujours lire et comprendre avant de signer !). Le contrat peut être moral (le mariage) ou écrit (bail, contrat d'assurance, etc.). Le contrat de travail à durée indéterminée peut être oral, mais le contrat de travail à durée déterminée doit être écrit, car il précise un terme : un contrat de travail non écrit est donc réputé à durée indéterminée dès qu'une première feuille de paie est éditée.

On peut rédiger le contrat soi-même (il sera « sous seing privé ») ou le faire transcrire par un notaire (il sera alors authentique).

Un bail locatif peut-être authentique ou sous seing privé. Signé devant notaire, il peut, s'il n'est pas respecté, être exécuté par un huissier (saisie du loyer, etc.) sans que le tribunal ne soit saisi. Le coût d'un bail authentique est de 0,5 fois à 1,5 fois le montant d'un loyer mensuel (selon les notaires), à partager entre locataire et propriétaire (c'est une obligation).

Le mariage est un contrat tacite qui peut être résilié par un divorce, soit par la volonté des deux époux (par consentement mutuel ou par acceptation du principe de la rupture du mariage), soit par décision de justice si l'un des deux fait état d'un préjudice causé par l'autre

(par altération définitive du lien conjugal ou pour faute). Le contrat de mariage est un contrat par lequel les futurs époux ou les époux déterminent leur régime matrimonial et fixent le statut de leurs biens pendant le mariage, et au jour de son éventuelle dissolution.

On attribue traditionnellement au droit civil quatre missions complémentaires :

- il organise la vie en société ;
- il protège les intérêts de chacun, surtout des personnes particulièrement vulnérables ;
- il arbitre les litiges ;
- il en ordonne si nécessaire la résolution.

Le droit civil est un droit protecteur

Le droit civil protège le citoyen, qui peut demander et obtenir la réparation pécuniaire des dommages qu'il a subis. Il protège le consommateur : la date de péremption sur les yaourts et les délais de rétractation sont (parmi beaucoup d'autres) des mesures édictées par le droit de la consommation. Le droit civil protège la famille et ses intérêts : l'institution du mariage impose aux époux des obligations réciproques, la filiation, l'adoption, le divorce, l'émancipation sont précisément définis, encadrés, pour éviter les abus et forcer chacun, si nécessaire, à assumer ses responsabilités.

Le droit civil confie au juge aux affaires familiales (JAF), qui siège au tribunal de grande instance (TGI), d'importants pouvoirs en matière de protection des individus. La protection de l'enfance est une compétence civile du juge des enfants (JE) : le Code de la justice pénale des mineurs (CJPM), qui devrait remplacer en 2012 la célèbre ordonnance du 2 février 1945 (s'il est adopté comme prévu « au cours de l'été 2011 »), va toutefois transformer le juge des enfants en juge des mineurs (et le tribunal pour enfants en tribunal des mineurs). La protection des majeurs dits vulnérables peut, dans certains cas (de curatelle, de tutelle), être de la compétence du juge des tutelles (JT) : les majeurs vulnérables n'ont en effet pas tous vocation à être placés sous protection.

La personne vulnérable est définie comme *un mineur de quinze ans ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de*

son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse (art. 434-3 CP). Un *mineur de quinze ans* est un mineur qui n'a pas encore quinze ans (le mineur en général est un « mineur de dix-huit ans »). Il est indispensable pour qu'elle soit retenue que cette *particulière vulnérabilité* soit *apparente ou connue* de l'auteur des faits : on retrouve cette importante précision dans de nombreux articles du Code pénal qui définissent les peines applicables infraction par infraction (art. 222-29 CP par exemple).

Les personnes vulnérables sont donc, d'après la loi, les mineurs de moins de 15 ans (âge de la majorité sexuelle, art. 227-25 CP), les personnes âgées, malades, infirmes, déficientes physique ou psychique, et les femmes enceintes. Les mineurs de 15 à 18 ans sont vulnérables en raison de leur âge (qui leur interdit par exemple de porter plainte), mais moins que *les mineurs de 15 ans*.

Le seul fait d'être enceinte, ou handicapé, ne suffit pas à être considéré comme vulnérable : il faut que cela se voit, ou que cela se sache. L'âge ne suffit pas non plus : il est nécessaire que l'âge et ses conséquences physiques ou psychiques empêchent la personne âgée de se protéger : la vulnérabilité peut être invoquée et retenue si l'état de santé de la victime a facilité l'infraction ou a joué un rôle dans sa commission.

La vulnérabilité est une notion aussi subjective que le discernement, laissée à l'appréciation des juges, qui se prononcent éventuellement avec l'aide de médecins experts, psychologues ou psychiatres.

La vulnérabilité, due ou non à l'âge, a plusieurs conséquences :

- elle est une circonstance aggravante qui permet au parquet de requérir une peine plus lourde prévue par la loi ;
- elle est un motif suffisant pour que le parquet engage des poursuites en l'absence de plainte déposée par la victime ;
- elle est une possible circonstance atténuante si l'auteur des faits incriminés est considéré comme vulnérable.

La vulnérabilité est définie dans le Code pénal par l'article qui permet que soit poursuivi *quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés* (art. 434-3 CP) à une personne vulnérable. Il risque, s'il s'abstient de le faire, *trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende* (idem) : cet article vise bien « quiconque », l'obligation de signaler ne repose pas exclusivement sur les épaules des travailleurs sociaux qui, en tant que citoyens, ont

les mêmes obligations que « quiconque ». Le professionnel astreint au secret (tous ne le sont pas) est comme quiconque obligé de signaler les faits aux *autorités judiciaires ou administratives* (art. 226-14 CP), ce qui *ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire* (idem). Le médecin n'a pas besoin de l'accord de son patient si celui-ci *n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique* pour porter à la connaissance du procureur de la République *les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises* (idem).

Le droit civil arbitre les litiges et en ordonne la résolution

Il n'existe pas de sanctions, en droit civil (juste une « amende civile » qui sanctionne des abus de procédure) : le droit civil n'est pas un droit répressif, contrairement au droit pénal (le droit qui punit en infligeant une peine).

On parle néanmoins de « délit civil » : le délit civil est un fait volontaire qui cause un dommage à autrui. Le délit civil est généré par un fait, une action positive appelée faute, alors que le quasi-délit est consécutif à une abstention, une négligence ou une imprudence : on retrouve cette distinction aux articles 1382 (délit civil) et 1383 (quasi-délit) du Code civil.

Les juridictions civiles de premier ressort ont pour mission d'arbitrer, avant un éventuel appel, les litiges civils.

4. LE DROIT PÉNAL

Le droit pénal est un droit répressif : il définit les infractions et fixe, infraction par infraction, la peine encourue. Son aspect répressif (il punit d'une peine les infractions commises) a des vertus préventives : celui qui sait qu'il risque une punition a parfois tendance à éviter de commettre l'infraction. Le droit pénal est compilé dans le Code pénal : le nouveau Code pénal a remplacé le 1er mars 1994 le Code pénal ancien publié

le 12 février 1810. Le Code pénal ancien a, dans un premier temps, repris le titre du *Code des délits et des peines* du 25 octobre 1795, ainsi nommé en référence à l'ouvrage de Cesare Beccaria. Il a lui-même remplacé le premier Code pénal français, publié le 6 octobre 1791.

La procédure pénale, qui décrit la manière de procéder pour appliquer le droit pénal, est compilée dans le Code de procédure pénale : entré en vigueur le 2 mars 1962, il remplace le Code d'instruction criminelle promulgué le 16 novembre 1808, rédigé en grande partie par Jean-Baptiste Treilhard (1742-1810), avocat, ministre et député, inhumé au Panthéon. La procédure pénale relève du droit processuel (le droit des procédures), comme la procédure civile et le contentieux administratif.

Le droit pénal repose sur la notion d'infraction

L'infraction est une action ou une omission prévue et réprimée par la loi ou par le règlement, qui engage la responsabilité pénale de son auteur et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir. Les délits et les crimes sont d'origine législative, les contraventions, d'origine réglementaire.

Une infraction peut être de commission, d'omission ou de commission par omission. L'auteur de l'infraction de commission est actif : il commet l'infraction de manière volontaire ou involontaire, ce qui n'est pas une excuse. Il accomplit un acte interdit par la loi ou par le règlement. Les infractions de commission sont les plus fréquentes : agression, vol, homicide. L'auteur de l'infraction d'omission (ou par omission) est passif. Il commet une infraction en s'abstenant volontairement de faire quelque chose que la loi impose (non-paiement d'une pension alimentaire, non-signalement d'une personne vulnérable en danger, non-assistance à personne en péril...). L'auteur de l'infraction de commission par omission est passif, mais son omission est assimilée à un acte positif : la distinction ne présente ici d'intérêt que si la loi ne punit pas l'omission. Prenons l'exemple de l'incendie : l'incendie volontaire est sanctionné, l'incendie involontaire ne l'est pas, mais celui qui déclenche un incendie parce qu'il a mal éteint sa cigarette commet une infraction en s'abstenant volontairement de faire quelque chose qui aurait évité que survienne le dommage.

Les infractions sont classées en trois niveaux de gravité

Les infractions sont classées en trois niveaux de gravité : c'est la peine encourue qui détermine si une infraction est une contravention, un délit ou un crime (art. 111-1 CP).

La contravention est l'infraction la moins grave

Elle est commise par un contrevenant qui contrevient à un règlement : les contraventions ne sont pas du domaine de la loi, mais du règlement. On ne paye pas une contravention, on la commet : constatée et sanctionnée, elle entraîne le paiement d'une amende.

Les contraventions ne relèvent pas forcément du Code de la route, même si ce sont les plus célèbres. La moitié des infractions est constituée en France de contraventions (environ 6 millions par an). Les contraventions sont punies par des peines d'amende (art. 131-12 CP) ou, pour les contraventions de la cinquième classe, par *des peines privatives ou restrictives de droits* (art. 131-14 CP), comme la suspension du permis de conduire, le retrait du permis de chasse ou l'immobilisation du véhicule...

Les contraventions sont classées en cinq niveaux de gravité, de la première classe (la moins grave) à la cinquième classe.

Il faut ajouter les contraventions commises par les piétons : 4 euros (amende forfaitaire) majorée à 7 euros (art. 412-34 à 412-43 CR).

Les contraventions des quatre premières classes ont été pour la plupart forfaitisées (la liste des amendes forfaitisées est fixée par un décret pris en Conseil d'État). Elles s'inscrivent dans la logique du classement sous condition : *l'action publique est éteinte par le paiement d'une amende forfaitaire* (art. 529 CPP).

Tableau 1.1. Le montant des amendes pour les cinq classes de contraventions (art. 131-13 CP)

	Exemples d'infraction	Amende
1re classe	Diffamation, injures non publiques (art. R. 621-2 CP)	38 € maximum
2e classe	Atteinte involontaire à l'intégrité physique	150 € maximum
3e classe	Menaces de violences	450 € maximum
4e classe	Violences légères (art. R. 624-1 CP)	750 € maximum
5e classe	Atteinte volontaire à la vie d'un animal (art. R. 654-1 CP)	1 500 € maximum
5e classe	En récidive (art. 132-11 CP)	3 000 € maximum

Tableau 1.2. Le montant minoré forfaitaire et majoré des amendes

	Minorée	Forfaitaire	Majorée
1re classe	aucune	11 €	38 €
2e classe	22 €	35 €	150 €
3e classe	45 €	68 €	450 €
4e classe	90 €	135 €	750 €

Un amendement à la loi de finance 2011 déposé par le député UMP Gilles Correz devrait faire passer de 11 à 20 € l'amende pour stationnement non réglé (elle n'avait pas augmenté depuis 25 ans) : le montant de 11 € ne semblait plus assez dissuasif et cela rapportera 382 millions d'euros à l'État.

La procédure est simplifiée : en payant moins, volontairement (sans être jugé) et tout de suite, le contrevenant évite l'audience devant le tribunal de police. L'amende forfaitaire est même minorée si le contrevenant la règle dans les délais.

Tableau 1.3. Délais de paiement d'une amende

	Minorée	Forfaitaire	Majorée
Avis remis en main propre	3 jours	45 jours	
Avis envoyé à domicile	15 jours	45 jours	45 jours
Délais supplémentaires pour télépaiement (radars automatisés)	+ 15 jours	+ 15 jours	+ 15 jours

La contravention peut se contester, d'abord de manière gracieuse en écrivant à l'officier près le ministère public, puis, si nécessaire, de manière contentieuse, en demandant à être convoqué devant la juridiction de proximité, où la peine encourue n'est plus l'amende forfaitaire, mais l'amende majorée.

Les contraventions de la cinquième classe relèvent du tribunal de police, les contraventions des quatre premières classes relèvent de la juridiction de proximité (art. 521 CPP). Le ministère public (le parquet) est représenté devant le tribunal de police ou la juridiction de proximité, pour les contraventions des quatre premières classes, par l'officier près le ministère public (un commissaire ou un commandant de police, art. 45 CPP) ou en théorie, par le maire, à la demande du juge (art. 46 CPP). Il est représenté, pour les contraventions de la cinquième classe, par le procureur de la République ou l'un de ses substituts. Les contraventions des quatre premières classes commises par des mineurs sont de la compétence du tribunal de police, les contraventions de la cinquième classe commises par des mineurs sont de la compétence du tribunal pour enfants (du tribunal des mineurs).

Le délit est l'infraction la plus médiatisée

Le vol, l'agression sexuelle, les violences volontaires et les homicides involontaires sont des délits. Le viol et les homicides volontaires sont des crimes. Les délits, commis par un délinquant, sont punis d'une peine d'emprisonnement de dix ans au plus et d'amende (art. 131-3 CP). Le stage de citoyenneté, le jour-amende, le travail d'intérêt général (TIG) et la sanction réparation sont également des peines correctionnelles : on les appelle « peines de substitution » car elles se substituent à la

peine principale que sont l'emprisonnement et l'amende (art. 131-5 à 131-9 CP). La peine principale peut être assortie d'une peine privative ou restrictive de libertés (suspension ou annulation du permis, immobilisation ou confiscation, art. 131-6 CP). Les délits commis par des majeurs relèvent du tribunal correctionnel.

Le crime est l'infraction la plus grave

Il relève de la cour d'assises. Il est puni d'une peine d'amende et d'une peine de réclusion ou de détention criminelle (art. 131-1 CP). La peine maximale est *la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité* assortie d'une période de sûreté de 22 ans (art. 132-23 CP). Les crimes ne causent pas tous la mort : le viol, la séquestration, la mutilation (etc.) sont des crimes sans être des homicides. Les homicides volontaires sont des crimes : on les appelle des meurtres. Les meurtres prémédités sont des assassinats (art. 221-3 CP).

On compte en France 1,1 crime pour 100 000 habitants, soit 682 en 2009 (en baisse de 18,7 % sur un an et de 35 % sur 10 ans) selon l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP), à mettre en parallèle avec les 4 273 victimes d'accidents de la route comptabilisées en 2009.

L'infraction est constituée lorsque sont réunis ses trois éléments constitutifs

Les infractions sont prévues et réprimées par la loi ou par le règlement : *nullum crimen, nulla poena sine lege* (pas de crime, pas de peine sans loi). Cette règle a été inspirée par les réflexions du pénaliste italien Cesare Beccaria : elle apparaît dans son livre *Des délits et des peines*. Il n'y a pas d'infraction s'il n'y a pas de texte qui la prévoit et la réprime : c'est l'**élément légal** de l'infraction (art. 111-1 à 111-4 CP).

L'auteur de l'infraction doit, pour que l'infraction soit constituée, avoir agi avec discernement, sans contrainte, en pleine possession de ses facultés mentales : *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* (art. 121-3 CP). C'est l'**élément moral** de l'infraction, appelé parfois « élément intentionnel ». La personne qui était *atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant*

aboli son discernement ou le contrôle de ses actes peut être considérée comme pénalement irresponsable (art. 122-1 CP), comme *la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pas pu résister* (art. 122-2 CP), qui bénéficiera tout au moins de circonstances atténuantes.

L'infraction doit être matérialisée par un début d'exécution : la simple intention coupable n'est pas punissable. C'est l'**élément matériel** de l'infraction.

Les pénalistes s'accordent désormais pour ajouter à cette immuable trinité un quatrième élément constitutif : l'élément juste (qui justifie l'infraction) ou injuste (qui ne la justifie pas). L'infraction peut en effet parfois se justifier, par exemple en cas de légitime défense (art.122-5 et 122-6 CP) ou par l'ordre de la loi (122-4 CP) : ce sont sous certaines conditions des causes d'irresponsabilité pénale.

La tentative

La tentative *est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* (art. 121-5 CP). La tentative est punissable dès lors que l'auteur des faits a commencé (par exemple à forcer la porte : c'est un élément matériel) et qu'il ne s'est pas arrêté de lui-même (mais qu'il a été dérangé par le déclenchement d'une alarme, par le propriétaire ou par une ronde de la police municipale). En conséquence, l'auteur de l'infraction est *la personne qui commet les faits incriminés* (art. 121-4 CP), mais aussi celle *qui tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit* (idem). La tentative est toujours punissable pour les crimes. Elle l'est parfois pour les délits. Elle ne l'est jamais pour les contraventions.

La procédure en quelques mots

La procédure pénale démarre lorsqu'une infraction a été commise : elle doit néanmoins être constatée par un officier de police judiciaire (OPJ), par un agent de police judiciaire (APJ) ou un agent de police judiciaire adjoint (APJA) dans certains cas, ou portée à la connaissance du

procureur de la République, qui reçoit les plaintes et les dénonciations (art. 40 CPP) et décide de l'opportunité des poursuites (art. 40-1 CPP).

Le dépôt de plainte

Le dépôt d'une plainte est souvent indispensable pour que débute la procédure pénale. Le procureur peut dans certains cas engager des poursuites sans qu'une plainte soit déposée : c'est le cas pour les homicides, pour les infractions commises sur la voie publique ou pour les infractions dont sont victimes les personnes vulnérables. Le dépôt d'une plainte s'effectue dans un commissariat de police ou une brigade de gendarmerie (qui remettent un récépissé), mais la victime peut aussi porter plainte en adressant un courrier au procureur de la République. Il est également possible de porter plainte par l'intermédiaire d'un avocat directement auprès d'un juge d'instruction (tant qu'il en existe), en se constituant partie civile.

On ne peut déposer plainte qu'en son nom propre, ou au nom de son enfant mineur, qui lui, civilement incapable, ne peut pas déposer plainte. Le tuteur peut déposer plainte au nom du majeur en tutelle.

La victime qui espère être indemnisée du préjudice (matériel, moral, esthétique, etc.) que l'infraction commise lui a fait subir doit, en plus, se constituer partie civile (art. 85 à 91 CPP). La réparation ne peut être que pécuniaire : l'amende va dans les caisses du trésor public alors que les dommages et intérêts sont versés à la victime par le condamné. La victime doit avoir subi un préjudice direct, indirect ou collectif pour se constituer partie civile. Elle peut se constituer partie civile du jour où elle porte plainte, jusqu'au jour de l'audience. Il faut être majeur pour se constituer partie civile. La victime qui se constitue partie civile peut, si elle le souhaite, se faire assister d'un avocat.

Dans certains cas, la commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI) pourra indemniser le préjudice consécutif à une infraction. On obtient toutes les informations nécessaires auprès de l'Institut national d'aide aux victimes et de médiation (INAVEM), www.inavem.org.

Il ne faut pas confondre la plainte et la main courante (appelée procès-verbal de renseignements judiciaires dans les gendarmeries), qui n'est en aucun cas assimilable à une plainte : elle ne permet pas, ou très

rarement, que des poursuites soient engagées (même dans le cadre des violences conjugales ou intra-familiales).

La prescription

On dispose pour porter plainte d'un délai, appelé délai de prescription de l'action publique. Il est d'un an pour la victime d'une contravention (art. 9 CPP). Il est de trois ans pour la victime d'un délit (art. 8 CPP). Il est de dix ans pour la victime d'un crime (art. 7 CPP).

Il est d'un an à compter de sa majorité pour la contravention commise contre un mineur. Il est de dix ans à compter de sa majorité pour un délit commis contre un mineur. Il est de vingt ans à compter de sa majorité pour un délit à caractère sexuel commis contre un mineur. Il est de vingt ans à compter de sa majorité pour un crime commis contre un mineur.

Les infractions de presse (comme la diffamation) se prescrivent en trois mois, en un an s'il s'agit de propos racistes. Les crimes contre l'Humanité sont imprescriptibles.

Le parquet a l'opportunité des poursuites

Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations, il décide de l'opportunité des poursuites : il peut classer sans suite ou privilégier une solution alternative (médiation et composition pénale, comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, injonction, etc.). Il peut ordonner une enquête préliminaire (art. 75 CPP), qu'il confie aux services de police et/ou aux services sociaux, lorsqu'il estime ne pas disposer d'assez d'informations. Il peut aussi engager des poursuites : se déroule alors l'enquête qui mène au procès. Le jour de l'audience pénale, le magistrat du parquet qui exerce le ministère public requiert la sanction : c'est une action publique engagée au nom de la société. La sanction n'est pas une vengeance, elle n'est pas demandée par la victime qui, pour être partie au procès, doit se constituer partie civile. La victime ne peut pas interjeter appel si la sanction est trop légère à son goût : l'action pénale n'est pas une action privée. La procédure pénale est détaillée dans le Code de procédure pénale (CPP), elle relève du droit processuel (le droit des procédures). Elle devrait être considérablement réformée, probablement au cours de l'année 2011.

5. LE DROIT PÉNAL DES MINEURS

Le Code criminel de 1791 fixe à seize ans l'âge de la majorité pénale. Il suggère au juge de prononcer des mesures éducatives ou des peines atténuées, mais il n'existe alors nulle mesure éducative. Le Code pénal impérial français de 1810 reprend cette notion de majorité pénale fixée à 16 ans. Il reprend aussi la notion de discernement qu'esquisse le Code criminel.

Les mineurs sont alors incarcérés avec les majeurs, jusqu'à ce que la loi du 5 août 1850 sur *l'éducation et le patronage des jeunes détenus* crée des établissements spécialisés, colonies pénitentiaires et bagnes pour enfants.

Les premiers pas de la justice des mineurs datent du 22 juillet 1912 lorsque la fonction de juge des enfants est créée. Il n'y en a alors qu'un France, et un seul tribunal pour enfants, celui du département de la Seine. La première guerre mondiale met un terme à cette évolution du droit pénal et de la procédure pénale.

L'ordonnance de 2 février 1945

Le discernement remplace la majorité pénale dans l'ordonnance du 2 février 1945, qui adapte enfin le droit pénal et la procédure pénale à la minorité : elle devient une circonstance atténuante. Les mineurs sont néanmoins pénalement responsables dès leur naissance quand ils agissent avec discernement (art. 122-8 CP).

L'ordonnance du 2 février 1945 s'articule autour de quatre principes :

- le privilège de juridiction (les mineurs au moment des faits sont jugés par une juridiction spécialisée, juge des enfants, tribunal pour enfants ou cour d'assises des mineurs) ;
- l'excuse de minorité (circonstance atténuante) ;
- la primauté de l'éducatif sur le répressif ;
- la personnalité du mineur doit être prise en compte.

Elle prévoit trois catégories de peines :

- les mesures d'avertissement (admonestation et remise à parents), accessibles sans limite d'âge et mentionnées au casier judiciaire ;

- les sanctions éducatives créées par la loi du 9 septembre 2002 (séjour en centre éducatif fermé pour les mineurs de plus de treize ans, et stage de citoyenneté *d'une durée qui ne peut excéder un mois* pour les mineurs d'au moins 10 ans) ;
- les sanctions pénales, accessibles dès treize ans (prison et amende ou de 20 à 120 heures de travail d'intérêt général pour les mineurs de plus de seize ans).

Le code de justice pénale des mineurs

Le projet de loi qui va abroger l'ordonnance du 2 février 1945 et créer un code de la justice pénale des mineurs circule depuis le 16 mars 2009. Il a été inspiré par le rapport, remis à Rachida Dati le 3 décembre 2008, de la commission dite « Varinard », présidée par André Varinard, recteur d'Académie et professeur de droit pénal. Le Code de la justice pénale des mineurs devra s'articuler avec la réforme de la procédure pénale (qui fera disparaître le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention au profit d'un juge de l'enquête et des libertés).

Le Code de la justice pénale des mineurs (CJPM) qui devrait être adopté, selon les sources, « dans le courant de l'année 2010 » ou « en 2011, pour une application au 1er janvier 2012 », abandonne la notion subjective de discernement pour revenir à la notion objective d'âge. Son article 111-1 proclame que *les mineurs de treize à dix-huit ans sont pénalement responsables des crimes, délits et contraventions dont ils ont été reconnus coupables dans les conditions fixées par le présent code* (le rapport Varinard conseillait de fixer à 12 ans l'âge de la majorité pénale). Ils pourront être condamnés à des sanctions éducatives ou à des peines (idem). Il affirme qu'*une peine privative de liberté ne peut être prononcée à l'encontre d'un mineur de treize à dix-huit ans* [...] *qu'à titre exceptionnel et lorsqu'aucune autre décision ne paraît adaptée* (art. 111-5 CJPM). L'excuse de minorité est maintenue (art. 111-4 CJPM), mais elle devient facultative *pour les mineurs âgés de seize à dix-huit ans* (idem). Les mineurs de dix à treize ans *pourront voir leur responsabilité civile recherchée* (art. 111-7 CJPM), ce qui les rend *a priori* de fait pénalement irresponsables. Le Code de la justice pénale des mineurs fait disparaître symboliquement le juge des enfants, remplacé par le juge des mineurs (« enfant » ne semblait pas un terme adapté pour un récidiviste de dix-sept ans). Le tribunal pour enfants est remplacé par le

tribunal des mineurs, toujours composé *d'un juge des mineurs, président, et de deux assesseurs choisis parmi les personnes âgées de plus de trente ans, de nationalité française et qui se sont signalées par l'intérêt qu'elles portent aux questions de l'enfance et par leurs compétences* (art. 122-9 CJPM). Il pourra siéger à *juge unique* (art. 223-8 CJPM) *pour le jugement des délits dont la peine encourue est inférieure ou égale à cinq ans*, mais ne pourra pas *prononcer une durée d'emprisonnement ferme d'une durée égale ou supérieure à six mois* (art. 223-9 CJPM).

Le Code de la justice pénale des mineurs prévoit deux catégories de peines :

- les sanctions éducatives (art. 131-1 CJPM et suivants), accessibles dès treize ans (avertissement judiciaire, remise judiciaire à parents, suivi éducatif en milieu ouvert, placement) ;
- les peines (art. 132-1 CJPM et suivants), accessibles dès treize ans (prison et amende, ou de 20 à 120 heures de travail d'intérêt général pour les mineurs de plus de seize ans, stage de citoyenneté, confiscation des biens, placement en centre éducatif fermé dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve). Les peines sont aggravées en cas de récidive (art. 132-16 CJPM et suivants).

La garde à vue est toujours réservée aux mineurs de plus de treize ans (art. 211-6 CJPM). Les mineurs de dix à treize ans n'ont droit qu'à une retenue de douze heures, renouvelable une fois (art. 421-2 CJPM) : ils peuvent en effet faire l'objet d'une enquête s'il existe à leur encontre *des raisons plausibles de penser qu'ils ont matériellement commis un crime ou un délit* [...], afin de permettre que soient établie leur responsabilité civile et celle de leurs représentants légaux en tant que civilement responsables (art. 421-1 CJPM). Il ne pourra être prononcé en cas de condamnation qu'une mesure d'aide éducative en milieu ouvert ou une mesure de placement (art. 421-6 CJPM).

Les mineurs de plus de treize ans peuvent bénéficier d'une mesure alternative aux poursuites (art. 41-1 CPP), les mineurs de plus de seize ans, d'une composition pénale (art. 41-2 CPP). Les mineurs de dix à treize ans peuvent faire l'objet d'une *alternative à la saisine du juge des mineurs* (art. 421-4 CJPM), par l'intermédiaire d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République.

Il faut désormais attendre qu'une version « définitive » de ce texte soit présentée au Parlement, qui pourra l'amender avant de l'adopter ou non.

Chapitre 2

Les juridictions

PLAN DU CHAPITRE

1. Les magistrats de l'ordre judiciaire **33**
Les magistrats du siège ou du parquet 33
Les juges du siège 33
Les magistrats du parquet 35

2. Les magistrats de l'ordre administratif **36**

3. Les auxiliaires de justice (avocats, greffiers, huissiers) **36**
Les avocats 36
Les greffiers 37
Les huissiers 37

4. Les juridictions de premier ressort **38**
Les juridictions civiles de premier ressort 38
Les juridictions pénales de premier ressort 40
Les juridictions de proximité 41

5. Les juridictions d'appel et de pourvoi **42**

6. Les juridictions administratives **43**

7. La Cour européenne des droits de l'Homme **45**

Les tribunaux, les juges et les cours (cour d'appel, d'assises, de cassation) forment les juridictions.

1. LES MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE

Les magistrats qui interviennent au civil et au pénal sont de l'ordre judiciaire, par opposition aux magistrats de l'ordre administratif qui interviennent devant les juridictions administratives.

Les magistrats du siège ou du parquet

Ces appellations « du siège » et « du parquet » proviennent de la symbolique de l'audience : pendant l'audience, les magistrats du siège restent assis, ils ne se lèvent pas pour prendre la parole, alors que le représentant du parquet doit se lever pour s'adresser à eux (il se levait jadis sur le parquet). La justice aime bien ces dénominations symboliques : le barreau des avocats tire son nom du barreau qui soutient la barre à laquelle s'expriment les justiciables et les témoins. Le message est clair : sans barreau, plus de barre, donc, plus de parole.

La formation des magistrats du siège et du parquet est identique. Ils sont polyvalents : il n'existe pas de formation spécifique de juge des enfants, de juge d'instruction, de procureur ou de juge des tutelles.

Les magistrats peuvent changer d'affectation dans le déroulement de leur carrière, au gré des mutations ou de l'avancement. Ils peuvent aussi, à leur demande, passer du parquet au siège, du siège au parquet.

Les juges du siège

Les juges du siège, qui jugent et qui (pour le moment) instruisent, sont placés sous l'autorité du Conseil supérieur de la magistrature (CSM). Ils sont indépendants et inamovibles.

Le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), présidé par le président de la République et par le ministre de la justice, est le garant de

l'indépendance des magistrats du siège (les juges). Il est aussi l'instance disciplinaire des magistrats du siège et du parquet.

Il propose au président de la République la nomination (par promotion ou mutation) des magistrats du siège de la Cour de cassation, des présidents de cours d'appel et des présidents de tribunaux de grande instance (environ 400 postes). Il recense les candidatures (il peut même les provoquer), étudie les dossiers et auditionne les candidats. Il propose au Garde des Sceaux la nomination des autres magistrats du siège : il dispose alors d'un pouvoir d'avis conforme qui contraint le ministère de la justice.

Il propose la nomination des magistrats du Parquet, mais ne dispose alors que d'un pouvoir d'avis simple qui ne lie pas le ministre, sauf en ce qui concerne les procureurs généraux, nommés en Conseil des ministres.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation : cinq magistrats du siège élus, un magistrat du parquet, un conseiller d'État, un avocat et six personnalités qualifiées y siègent. La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le Procureur général près la Cour de cassation : cinq magistrats du parquet, un magistrat du siège la constituent, avec le conseiller d'État, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnées précédemment. Le mandat des membres élus ou désignés est de 4 ans. Il n'est pas renouvelable.

Il est envisagé de remplacer le juge d'instruction (JI) et le juge des libertés et de la détention (JLD) par un juge de l'enquête et des libertés (JEL), qui restera « du siège » mais perdra le pouvoir de mener l'instruction. Il est aujourd'hui défini comme une sorte d'interface entre la personne mise en cause, les parties civiles et le parquet. Il contrôlera « la nécessité et la proportionnalité » des actes attentatoires aux libertés. Il pourra, s'il l'estime nécessaire, contraindre le parquet, qui mènera l'enquête, à effectuer des actes demandés par le mis en cause ou par les parties civiles.

Le juge aux affaires familiales (JAF), le juge des tutelles des majeurs (JT), le juge des mineurs (JM), le juge d'application des peines (JAP), le juge de l'exécution (JEX) ont le droit de rendre des décisions, appelées ordonnances, qui sont susceptibles d'appel ou de recours : ces juges sont donc des juridictions à eux tout seuls.

Les magistrats du parquet

Les magistrats du parquet font partie de la magistrature dite « debout » : ils doivent se lever pour requérir, pour s'adresser au tribunal, à la cour (ils se levaient jadis sur le parquet). Lors de l'audience, ils ne peuvent d'ailleurs s'adresser qu'au tribunal, en aucun cas directement aux témoins, à la personne mise en cause, qu'ils peuvent néanmoins apostropher pendant leur réquisitoire.

Installé dans les locaux du tribunal de grande instance (TGI), composé du procureur de la République et de ses adjoints, assistés des substituts, le parquet travaille sous l'autorité du Garde des Sceaux, ministre de la justice. Il exerce la fonction du ministère public : il défend les intérêts de la société, et requiert en son nom la peine qui lui paraît appropriée. Une célèbre formule rappelle que le parquet est libre de requérir la peine qu'il estime juste, bien qu'il dépende du ministère de la justice (il n'est pas indépendant) : « La plume est serve, mais la parole est libre ».

Le parquet est placé sous la hiérarchie du parquet général de la cour d'appel, composé du procureur général et des avocats généraux, qui représentent le ministère public devant la cour d'appel et la cour d'assises. Le procureur de la République est représenté, au tribunal de police, par l'officier près le ministère public (OMP), c'est-à-dire par le commissaire de police, pour les contraventions des quatre premières classes. Le maire peut en théorie exercer cette fonction. Le procureur de la République doit être présent, ou représenté par l'un de ses substituts, pour les contraventions de la 5^{e} classe (les plus graves).

Le procureur de la République est responsable de l'état civil, depuis une ordonnance du 26 novembre 1823 : il est en ce domaine l'autorité de tutelle du maire, officier d'état civil. Il est aussi le supérieur hiérarchique de tous les officiers de police judiciaire (OPJ), dont font partie le maire et ses adjoints.

En pénal, le procureur reçoit les plaintes, les rapports de police, les signalements et les dénonciations (art. 40 CPP). Il décide des suites à leur donner : on dit qu'il a l'opportunité des poursuites.

En civil, il suit les dossiers relatifs aux incapables majeurs, il s'assure de la légalité des actes de l'état civil (mariage, nationalité). Il requiert des mesures de protection (des majeurs, des mineurs) ou donne dans la procédure son avis écrit, comme pour un retrait d'autorité parentale, un abandon d'enfant (art. 1161 CPC), une adoption (art. 1170 CPC),

la révocation d'une adoption simple (art. 1177 CPC)... Il peut interjeter appel de certaines décisions des juridictions civiles.

2. LES MAGISTRATS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

Le droit administratif est de la compétence des juridictions administratives, où siègent les magistrats de l'ordre administratif : le tribunal administratif (au moins un par région), les cours administratives d'appel et le Conseil d'État sont des juridictions administratives. Les magistrats de l'ordre administratif ne sont pas issus de la même filière que les magistrats de l'ordre judiciaire : ce sont souvent d'anciens élèves de l'ENA (École nationale d'administration). Ils occupent à tour de rôle les fonctions de :

- juge rapporteur, qui prépare l'audience et le dossier ;
- commissaire du gouvernement, qui donne son avis en toute indépendance après avoir étudié le dossier et la jurisprudence ;
- président et assesseurs, qui écoutent le commissaire du gouvernement et rendent leur décision en fonction des éléments du dossier.

Les magistrats de l'ordre administratif sont assistés par des greffiers.

3. LES AUXILIAIRES DE JUSTICE (AVOCATS, GREFFIERS, HUISSIERS)

Les avocats

Les avocats ne sont pas des magistrats : ils exercent leur profession comme salarié d'un cabinet, ou en profession libérale. Leurs honoraires sont libres. Ils ont le droit d'accepter ou de refuser l'aide juridictionnelle. Les avocats commis d'office le sont à tour de rôle, selon un planning établi par les services du bâtonnier qui préside le barreau : le barreau est la réunion des avocats au sein d'un tribunal de grande instance, le bâtonnier est un avocat élu par les autres, pour présider le barreau pendant deux ans.

Les greffiers

Les greffiers (de *graphein*, écrire, en grec, d'où autographe, paragraphe et olographe) assistent les magistrats du siège et du parquet. Ils sont garants du respect de la procédure. Ils rapportent par écrit, pendant une audition ou une audience, les échanges, déclarations et observations de chacun. Ils authentifient les actes (qui deviennent donc des actes authentiques) : leur signature sur un jugement ou un arrêt est indispensable pour qu'il puisse être exécuté (le jugement ou l'arrêt ne devient exécutoire que quand le greffier l'a signé). Le greffier travaille au greffe. Lors de l'audience, il porte la robe, comme les magistrats. On compte aujourd'hui un peu moins de 10 000 greffiers (pour environ 8 000 magistrats).

Les huissiers

Les huissiers (d'huis, la porte) de justice sont des officiers ministériels (comme les notaires, les commissaires-priseurs, etc.). Ils sont nommés par le Garde des Sceaux et détiennent le monopole de la signification et de l'exécution des jugements et des titres exécutoires.

Il ne faut pas confondre l'huissier de justice et l'huissier audiencier, qui est un huissier de justice ou, plus souvent, un clerc d'huissier : il intervient dans les tribunaux (pendant les audiences) pour signifier les actes entre avocats, introduire le tribunal ou la cour dans la salle d'audiences, et assurer la police des débats (il vérifie les convocations, ferme les portes, porte les dossiers, répond aux questions, appelle les affaires...). L'huissier audiencier est le salarié d'une étude d'huissier, mis à disposition (onéreuse) du tribunal.

Il faut toujours, à un huissier de justice, demander sa carte professionnelle, prévue par l'article 17 du décret de 1956 modifié, soyons précis, par le décret n° 86-734 du 2 mai 1986 : trop d'officines de recouvrement, qui n'ont aucun pouvoir légal, mais des méthodes parfois douteuses, se font, en toute illégalité, passer pour des huissiers, afin de recouvrer des créances (lire à ce sujet le décret 96-1112 du 18 décembre 1996 *portant réglementation de l'activité des personnes procédant au recouvrement amiable des créances pour le compte d'autrui*).

L'huissier de justice, justement, procède au recouvrement, amiable ou judiciaire, des créances, il délivre les convocations en justice (l'assignation que le demandeur adresse au défendeur, la citation que le tribunal, le juge, adresse à celui qu'il veut entendre). Il signifie les jugements : la signification est une forme particulière et authentique de notification, délivrée par huissier. On appelle « exploit d'huissier » l'acte par lequel l'huissier assure une formalité de procédure (signification, citation, etc.) ou une procédure civile d'exécution (consignation, saisie...). L'huissier de justice peut dresser un constat qui a un caractère authentique et qui peut servir de preuve à l'occasion d'un éventuel litige.

Lorsque l'huissier agit dans le cadre d'un recouvrement amiable, il respecte les termes du décret 96-1112 du 18 décembre 1996 : il ne dispose d'aucun pouvoir en l'absence de titre exécutoire qui, sauf exceptions, est délivré par la justice pour permettre l'exécution forcée (expulsion, saisie).

L'huissier du Trésor n'a pas besoin de titre exécutoire pour recouvrer les dettes d'origine fiscale (impôt sur le revenu, taxes, amendes et condamnations pécuniaires, dettes communales comme cantines scolaires, etc.). L'huissier du Trésor est un fonctionnaire assermenté du ministère de l'économie et des finances qui exerce sa mission sous l'autorité du Trésorier Payeur Général. Il dispose d'une arme redoutable : l'avis à tiers détenteur (ATD), qu'il adresse à la banque, à l'employeur du débiteur, afin de saisir à la source les sommes qu'il détient pour son compte.

4. LES JURIDICTIONS DE PREMIER RESSORT

Les juridictions de premier ressort sont celles qui jugent en premier lieu, avant un éventuel appel (en cour d'appel) ou un hypothétique pourvoi (en Cour de cassation).

Les juridictions civiles de premier ressort

Les juridictions civiles de premier ressort sont le tribunal d'instance (TI) et le tribunal de grande instance (TGI).

Le tribunal d'instance

Le tribunal d'instance juge les litiges liés à la location (loyers impayés, calcul des charges locatives ou de copropriété, travaux, etc.) quel qu'en soit le montant, et aux crédits à la consommation (les crédits à la consommation sont des crédits d'un montant inférieur ou égal à 21 500 euros). Il juge les autres litiges inférieurs à 10 000 euros. Il siège à juge unique. L'avocat n'y est jamais obligatoire.

Il y avait à l'origine un tribunal d'instance par arrondissement : le but était alors de rendre la justice accessible à tous, en moins d'une journée à cheval (un cheval peut parcourir 50 km/jour à 7 km/h en moyenne). Rappelons que l'arrondissement est un découpage du département : les sous-préfectures sont en général installées dans les chefs-lieux d'arrondissement (l'arrondissement est découpé en cantons, le canton en communes). La réforme de la carte judiciaire, entamée le 18 février 2008, prévoit la fermeture de 205 tribunaux d'instance (et l'ouverture de 7) : il devrait donc en rester 277.

On y signe le pacte civil de solidarité (PACS) devant le greffier-en-chef, qui recueille également le consentement à l'adoption (art. 348-3 CC). Le juge des tutelles des majeurs y gère les absents. Il y décide également des tutelles et des curatelles : les tutelles des mineurs sont de la compétence du juge des tutelles des mineurs, fonction exercée par le juge aux affaires familiales depuis le 1er janvier 2010 (art. L213-3-1 COJ). Le tribunal d'instance délivre des certificats de nationalité française.

Le tribunal de grande instance

Le tribunal de grande instance juge les litiges liés à la construction, à la propriété et aux crédits immobiliers, quel qu'en soit le montant. Il examine les autres litiges supérieurs à 10 000 euros. Il siège en audience collégiale de trois juges (le président dirige l'audience, entouré de ses deux assesseurs : c'est l'application du principe dit « de la collégialité »). L'avocat est (presque) toujours obligatoire au TGI.

Il y a au moins un TGI par département. La réforme de la carte judiciaire, entamée le 18 février 2008, prévoit la fermeture de 23 tribunaux de grande instance (et l'ouverture de 7) : il devrait donc en rester 158.

Le juge aux affaires familiales (JAF) y examine les litiges familiaux (divorce, obligations alimentaires, nom de famille, prénom, exercice de l'autorité parentale, etc.). Il y exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs depuis la loi 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, applicable au 1er janvier 2010 (une circulaire ministérielle du 4 août 2009 adressée aux présidents de cours d'appel vient d'envisager l'éventuel report de ces modifications). Le JAF prononcera l'émancipation lorsque la réforme entrera en vigueur. Il gérera l'administration légale et la tutelle des mineurs, ainsi que celle des pupilles de la nation (art. L. 213-3-1 COJ).

Les juridictions pénales de premier ressort

Le tribunal de police (qui juge les contraventions), le tribunal correctionnel (qui juge les délits) et la cour d'assises (qui juge les crimes) sont les juridictions pénales du premier ressort.

Le tribunal de police est composé d'un seul juge. Il statue en premier et dernier ressort pour les contraventions des quatre premières classes.

Le tribunal correctionnel est composé d'un président et de deux assesseurs, mais il peut siéger « à juge unique » (art. 398 CPP) pour juger un certain nombre de délits, précisément énumérés (art. 398-1 CPP), qui encourent une peine d'emprisonnement inférieure à cinq ans. Le tribunal correctionnel juge également « en comparution immédiate ». L'avocat n'est jamais obligatoire au tribunal de police et au tribunal correctionnel (mais il est franchement conseillé au tribunal correctionnel d'être assisté d'un bon avocat !).

La cour d'assises est composée d'un président et de deux assesseurs, assistés de neuf jurés tirés au sort sur les listes électorales des élections nationales (les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne peuvent voter aux élections locales, mais ils ne peuvent pas être jurés). L'avocat est toujours obligatoire en cour d'assises.

Le juge des enfants (JE), le tribunal pour enfants (TPE) et la cour d'assises des mineurs (CAM) sont les juridictions pénales du premier ressort compétentes pour juger les infractions commises par des mineurs : le Code de la justice pénale des mineurs (CJPM) qui va remplacer l'ordonnance du 2 février 1945 transformera le juge des enfants en juge des mineurs et le tribunal pour enfants en tribunal des mineurs.

L'avocat est toujours obligatoire devant les juridictions pénales pour mineurs.

Les juridictions de proximité

Créés par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (surnommée Perben 1), les juridictions et les juges de proximité ont vu leurs missions et leur statut précisés par la loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003. Le Conseil constitutionnel a en effet, dans sa décision 2002-461 du 29 août 2002 (qui se consulte sur son site) rendue sous la présidence d'Yves Guéna, rejeté une partie de la loi en question, et émis des réserves sur certaines de ses dispositions : la loi du 26 février 2003 était donc inévitable pour que les juridictions de proximité puissent voir le jour.

Le 26 janvier 2005, leurs compétences ont encore été élargies : les litiges civils inférieurs à 4 000 euros et les contraventions des quatre premières classes (art. 521 du CPP) sont désormais de la compétence des juridictions de proximité. Les juges de proximité statuent en dernier ressort : il n'est pas possible de faire appel de leurs décisions, seul un pourvoi en cassation peut donc être formé (sauf, au civil, pour *les demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros*, art. L. 331-2 COJ).

Les juges de proximité siègent au tribunal d'instance, mais ils peuvent tenir « des audiences foraines » (par exemple dans des Maisons de la justice et du droit, dans des locaux mis à disposition par une commune, etc.). Ils sont soumis au statut de la magistrature : inamovibles, recrutés pour une durée non renouvelable de 7 ans, ils exercent leurs fonctions à temps partiel. Ils ne peuvent rester en fonction au-delà de 75 ans. Ils sont rémunérés à la vacation (9 500 euros maximum par an, selon les Instructions du 19 mai 2003 du ministère de la justice).

Les juges de proximité sont recrutés parmi :

- les anciens magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif ;
- les personnes âgées de 35 ans au moins, membres ou anciens membres des professions libérales juridiques et judiciaires réglementées, et justifiant d'au moins 4 ans d'expérience professionnelle dans le domaine juridique ;

- les personnes âgées de 35 ans au moins, titulaires d'un bac +4 et justifiant d'au moins 4 ans d'expérience professionnelle dans le domaine juridique ;
- les personnes qui justifient d'au moins 25 ans d'activité dans des fonctions de direction ou d'encadrement dans le domaine juridique ;
- les anciens fonctionnaires de catégorie A et B des services judiciaires ;
- les conciliateurs de justice ayant exercé leurs fonctions pendant au moins 5 ans.

Les juges de proximité suivent une formation de cinq jours à l'École nationale de la magistrature. Ils bénéficient ensuite d'une formation complémentaire de 16 à 24 jours, selon leurs fonctions antérieures.

Les juges de proximité interviennent également au tribunal de grande instance : ils valident les compositions pénales et participent aux audiences correctionnelles collégiales en qualité d'assesseur.

5. LES JURIDICTIONS D'APPEL ET DE POURVOI

Si le montant du litige est inférieur à 4 000 euros, l'appel des décisions du tribunal d'instance et du tribunal de grande instance est impossible : le jugement est alors rendu en dernier ressort. Seule la Cour de cassation peut être saisie d'un pourvoi.

On ne fait pas appel : on interjette appel. Les jugements des cours s'appellent des arrêts. La cour d'appel est compétente en civil et en pénal (etc.). Elle rejuge l'affaire : on dit qu'elle juge sur le fond. Elle rend un jugement potentiellement différent du premier ressort.

On se pourvoit devant la Cour de cassation. La Cour de cassation n'examine pas les faits : elle juge sur la forme et « dit le droit ». Sa jurisprudence et ses avis ont pour les tribunaux une grande valeur morale. Elle traque les vices de forme et les vices de procédure. Elle rejette le pourvoi quand elle confirme le jugement : il devient alors définitif, à moins d'envisager de saisir une juridiction européenne. Elle casse le jugement (d'où son nom) quand elle estime que le droit n'a pas été respecté : l'affaire est alors renvoyée devant une autre cour d'appel.

6. LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Le tribunal administratif (au moins un par région), les cours administratives d'appel, le Conseil d'État et la Cour nationale du droit d'asile sont des juridictions administratives. Ils sont régis par le Code de justice administrative (CJA).

Les trente-six tribunaux administratifs (CJA, art. R221-3) examinent les contentieux administratifs (entre un particulier et une administration, entre les administrations elles-mêmes, entre un employeur public et son salarié, entre une personne privée et un établissement public, ou un organisme privé chargé d'une mission de service public...). Ils examinent le contentieux électoral des élections locales (municipales, cantonales et régionales : ces deux dernières vont être remplacées par une unique élection territoriale à partir de 2014) et européennes. Ils sont également compétents pour annuler une décision administrative (arrêté municipal ou préfectoral, décision d'un hôpital, d'une université, permis de construire, etc.), pour fixer la réparation d'un préjudice causé par une administration ou par l'un de ses représentants (un accident de la route avec un véhicule municipal, par exemple), et pour examiner les contestations sur le montant des impôts. Ses décisions sont susceptibles d'appel devant les huit cours administratives d'appel (CJA, art. R. 221-7) que compte la France.

La juridiction suprême du droit administratif est le Conseil d'État : il remplit alors les mêmes missions que la Cour de cassation pour le droit privé, c'est un de ses deux rôles (il est également le conseiller juridique du gouvernement).

La saisine du tribunal administratif s'effectue en général par simple lettre, qui doit contenir « l'exposé des faits, et moyens ainsi que l'énoncé des conclusions soumises aux juges ». La plupart des contentieux (contentieux est le terme administratif pour procédure) n'exige pas d'avocat. Ils ne sont plus soumis à un droit de timbre, ce qui les rend peu onéreux, donc, plus accessibles.

Il existe quatre types de contentieux administratif, détaillés dans le Code de justice administrative (le contentieux administratif fait partie du droit processuel, le droit des procédures, aux côtés de la procédure civile et de la procédure pénale) :

- le recours pour excès de pouvoir, quand le requérant (le demandeur) demande au juge de contrôler la légalité d'une décision administrative et d'en prononcer le cas échéant l'annulation ;
- le contentieux de pleine juridiction (ou de plein contentieux), qui permet au juge de modifier l'acte, ou de le remplacer ;
- le contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de légalité, qui permet au juge de se prononcer sur la portée ou sur la légalité de la décision administrative attaquée ;
- le contentieux de la répression, qui autorise le juge à sanctionner des comportements répréhensibles par des sanctions administratives ou des amendes (un peu comme un juge pénal).

La procédure administrative est :

- inquisitoriale parce que le juge rapporteur chargé de l'instruction met lui-même en cause l'adversaire du requérant ;
- écrite parce qu'elle consiste en un échange de conclusions et d'arguments présentés sous forme de mémoires rédigés en français ;
- contradictoire parce que toutes les pièces du dossier sont portées à la connaissance des parties.

Lors de l'audience publique, le juge rapporteur présente un rapport synthétique, les parties formulent leurs observations orales, le commissaire du gouvernement donne lecture de ses conclusions et le tribunal se retire pour délibérer.

Il existe des procédures de référé qui permettent d'apporter une réponse rapide, souvent provisoire (en attendant que soit rendu un jugement sur le fond) à une situation d'urgence (accorder une provision au demandeur d'une indemnité, suspendre la passation d'un contrat ou l'exécution d'une décision administrative, etc.).

7. LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), installée à Strasbourg est compétente pour juger et condamner les 47 États qui ont à ce jour ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH).

Le citoyen qui estime qu'un de ses droits fondamentaux a été bafoué par l'un des 47 États peut saisir la Cour après avoir épuisé tous les recours dans l'État mis en cause, c'est-à-dire, en France, après que la Cour de cassation ait rendu son arrêt.

Chapitre 3

Les responsabilités

PLAN DU CHAPITRE

1. La responsabilité civile 49

2. La responsabilité pénale 51

3. La responsabilité civile et pénale du mineur 52

4. La responsabilité civile et pénale des parents 53

5. La responsabilité éducative des parents 55

6. La responsabilité civile, pénale et disciplinaire (ou administrative) du travailleur social 59

Le cas des fonctionnaires 59

Le cas des non-fonctionnaires 61

L'assurance de la responsabilité professionnelle 65

Le droit de retrait 66

LA RESPONSABILITÉ, quand elle est juridique, peut être civile, pénale ou disciplinaire. Elle peut être éthique, pédagogique, éducative, déontologique quand elle est morale. La responsabilité pénale impose à chacun d'assumer les infractions qu'il commet, volontairement ou non. Le non-respect du secret professionnel est un délit qui engage la responsabilité pénale de celui qui, astreint au secret professionnel, révèle une information à caractère secret. La responsabilité civile impose à chacun de réparer pécuniairement les dommages qu'il cause, volontairement ou non. La responsabilité disciplinaire impose à chacun d'assumer ses actes devant l'autorité dont il dépend, qui peut le sanctionner (l'enfant devant ses parents, le collégien devant le conseil de discipline, le sportif devant sa fédération, le salarié devant son employeur...). La responsabilité administrative est la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires. Le non-respect de l'obligation de discrétion professionnelle (ou de confidentialité) est une faute professionnelle (contractuelle dans le privé) qui engage la responsabilité disciplinaire de celui qui a trop parlé.

Le non-respect du secret professionnel et le non-respect de l'obligation de discrétion professionnelle (ou de confidentialité) engagent aussi la responsabilité civile de celui qui ne les respecte pas : celui qui estime subir un préjudice du fait de cette révélation peut saisir une juridiction civile au titre de son droit au respect de sa vie privée, pour obtenir une réparation pécuniaire.

Être responsable, c'est répondre de ses actes et assumer leurs conséquences.

1. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

La responsabilité civile est personnelle : *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* (art. 1382 CC). Cet article est un concentré de patrimoine : il est issu de la loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804 (comme beaucoup d'articles traitant de la responsabilité, survivants du Code civil originel).

Le directeur (d'une structure, d'un séjour) n'est pas – contrairement à la légende – civilement responsable des dommages causés par le personnel qu'il a « sous

sa responsabilité ». La question se posera néanmoins de déterminer qui aura à réparer le dommage causé dans un cadre professionnel : l'employeur (faute dite « de service ») ou l'agent (faute dite « inexcusable », ou « détachable du service », qui revêt le caractère d'une faute personnelle).

Chacun est responsable *du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* (art. 1383 CC) : ne pas l'avoir fait exprès n'est pas une excuse. En pénal, l'homicide *par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* [...] est un délit puni *de trois ans d'emprisonnement* et *de 45 000 euros d'amende* (art. 221-6 CP) quand l'homicide volontaire *constitue un meurtre* [...] *puni de trente ans de réclusion criminelle* (art. 221-1 CP) : « ne pas le faire exprès » atténue donc la peine encourue, donc la responsabilité pénale. En matière de responsabilité civile, l'intérêt de la victime passe avant l'intérêt du responsable du dommage : il est important que le préjudice subi soit, dans la mesure du possible, intégralement réparé.

Le majeur placé sous un régime de protection reste civilement responsable de ses actes : *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* (art. 414-3 CC). Il bénéficiera probablement au pénal de circonstances atténuantes (art. 122-1 CP).

On est responsable du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de *celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre* (c'est la responsabilité civile du fait d'autrui), ou *des choses que l'on a sous sa garde* (art. 1384 CC). Le propriétaire d'un animal, *ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé* (art. 1385 CC). Le propriétaire d'un bâtiment *est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction* (art. 1386 CC).

La responsabilité civile s'assure, contrairement à la responsabilité pénale (dans certains cas, les dommages et intérêts attribués au pénal à la partie civile peuvent être pris en charge par l'assureur, mais jamais l'amende). La responsabilité civile s'assure, certes, mais la relation qu'un assuré a avec son assureur est contractuelle : il est donc indispensable de bien lire et de bien comprendre le contrat d'assurance auquel on

veut souscrire ! Il ne s'agit pas d'un contrat type commun à toutes les compagnies, qui couvre forcément les mêmes sinistres que l'assurance du voisin : beaucoup d'assurés s'aperçoivent, à l'occasion d'un sinistre (donc trop tard) qu'ils n'étaient pas couverts pour ce qui leur est arrivé (alors que leur voisin ou, pire, leur beau-frère, l'était). En règle générale – ouvrons une courte parenthèse –, signer un contrat sans le lire intégralement et sans le comprendre parfaitement n'est pas très raisonnable...

L'assurance de responsabilité civile est obligatoire pour les propriétaires de véhicules depuis le 27 février 1958. L'assurance scolaire est également une assurance de responsabilité civile spécifique (comprise la plupart du temps dans le contrat « multirisques habitation »), obligatoire depuis le 6 août 1943 pour *les élèves et étudiants des établissements publics d'enseignement*, donc pendant toute la scolarité, collège, lycée compris, et université. Les bailleurs publics et les propriétaires privés peuvent réclamer à leur locataire une attestation d'assurance de responsabilité civile locative qui doit, chaque année, être renouvelée : c'est une obligation légale pour le locataire de souscrire une telle assurance et d'en fournir annuellement la preuve à son propriétaire (art. 7, loi 89-462 du 6 juillet 1989). Le non-respect de cette obligation, après une mise en demeure et un délai d'un mois, peut entraîner la résiliation du bail.

2. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

La responsabilité pénale est personnelle : *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* (art. 121-1 CP).

> Le directeur (d'une structure, d'un séjour) n'est pas – contrairement à la légende – pénalement responsable des infractions commises par le personnel qu'il a « sous sa responsabilité » : on vise ici plutôt sa responsabilité disciplinaire (il aura éventuellement à rendre des comptes à sa hiérarchie des dysfonctionnements de son équipe).

Les parents ne sont jamais (et n'ont jamais été) pénalement responsables des infractions commises par leur enfant mineur. Ils ne peuvent pas être sanctionnés à leur place ou avec eux (ils peuvent éventuellement être poursuivis au titre de l'art. 227-17 CP si le parquet considère que

l'infraction a été rendue possible par leur « négligence éducative »). Ils ne sont donc jamais tenus de payer les amendes infligées à leur enfant, et il n'existe aucune possibilité légale de les condamner à une peine de prison à la place de leur enfant. Il n'existe qu'une seule exception à cette règle : le conducteur sera verbalisé si un de ses passagers âgés de moins de treize ans n'a pas attaché sa ceinture de sécurité, le passager le sera s'il a plus de treize ans.

Il existe néanmoins quelques possibilités, essentiellement jurisprudentielles, que soit engagée « la responsabilité pénale du fait d'autrui ». Elle peut être indirecte (celui qui n'est pas personnellement poursuivi est tenu – c'est spécifié dans le jugement – de payer les amendes prononcées contre le complice ou l'auteur de l'infraction), ou directe : celui qui n'est ni auteur ni complice est personnellement poursuivi et personnellement condamné, comme le directeur de publication d'un journal est responsable des infractions de diffamation commises par un de ses journalistes, le cafetier si son barman sert une boisson alcoolisée à un mineur, etc.

La loi 2000-647 du 10 juillet 2000 *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels,* dite Loi Fauchon, a considérablement réduit les possibilités d'engager la responsabilité pénale des personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter (art. 121-3 CP). Elles ne sont responsables pénalement que *s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* (idem). Cette loi a permis que les maires et les décideurs publics (proviseurs, chefs d'entreprise, etc.) ne soient plus poursuivis en nom propre lorsqu'un accident survenait sur le territoire de leur commune, dans leur établissement scolaire ou dans l'usine qu'ils dirigeaient.

3. LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET PÉNALE DU MINEUR

Le Code de la justice pénale des mineurs (CJPM) limiterait la responsabilité pénale aux *mineurs de treize à dix-huit ans* (art. 111-1 CJPM),

mais l'ordonnance du 2 février 1945 précise que les mineurs *capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables* (art. 122-8 CP). Ils peuvent être jugés à n'importe quel âge s'ils ont agi avec discernement. L'absence de discernement peut aussi être reconnue à une personne majeure *qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* (art. 122-1 CP).

Le mineur est civilement responsable des dommages qu'il cause (art. 1382 CC), mais ses parents, *en tant qu'ils exercent l'autorité parentale* assument solidairement (avec lui) la responsabilité civile des dommages causés par *leur enfant mineur habitant avec eux* (art. 1384 CC).

Le mineur émancipé devient civilement responsable de ses actes (art. 413-7 CC), mais il est toujours considéré comme un mineur par la justice pénale.

4. LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET PÉNALE DES PARENTS

Les parents *en tant qu'ils exercent l'autorité parentale* assument solidairement la responsabilité civile des actes de *leur enfant mineur habitant avec eux* (art. 1384 CC). Les parents ont donc l'obligation de réparer les dommages causés par leur enfant mineur non-émancipé en versant à la victime des dommages et intérêts (la réparation d'un dommage ne peut être que pécuniaire), que ces dommages soient ou non consécutifs à une infraction. Il leur appartient donc d'assurer leur enfant jusqu'à sa majorité, et de vérifier dans leur contrat d'assurance que leur enfant majeur habitant avec eux est toujours couvert par leur assurance : l'âge auquel s'arrête la protection diffère selon les compagnies et la formule souscrite.

Il n'est pas nécessaire que les parents commettent une faute (par exemple de surveillance) pour que leur responsabilité civile soit engagée : il suffit que le dommage existe.

Les parents bénéficient toutefois d'une possibilité de se décharger de cette responsabilité : si *les père et mère [...] prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité* (parce qu'ils étaient absents, parce que l'enfant était confié à un tiers), ce sera peut-être

à celui qui devait répondre de l'enfant au moment où le dommage a été causé d'en assumer les conséquences. L'article 1384 du Code civil affirme en effet que chacun (personne physique ou personne morale) est (civilement) *responsable du fait des personnes dont il doit répondre*, c'est-à-dire des personnes placées sous sa responsabilité, qui ne sont pas ou ne peuvent pas être responsables d'elles-mêmes (les mineurs non-émancipés et les majeurs placés sous le régime de la tutelle).

La jurisprudence a tendance à écarter, depuis quelques années, ce principe qui ferait que les parents ne seraient civilement responsables que par défaut : elle leur attribue une responsabilité présumée, comparable à une « garantie civile » (le mineur est en général incapable de réparer pécuniairement les dommages qu'il a causés).

L'arrêt Fullenwarth (5 mai 1984, assemblée plénière de la Cour de cassation) prévoit que, *pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime.*

L'arrêt Bertrand (19 février 1997, 2e chambre civile de la Cour de cassation) établit que seule la force majeure ou la faute de la victime pouvait exonérer un père de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui.

L'arrêt Levert (10 mai 2001, 2e chambre civile de la Cour de cassation) énonce que *la responsabilité de plein droit encourue par les père et mère du fait des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de l'enfant* : l'enfant qui cause à autrui un dommage (le fait qui cause un dommage s'appelle une faute) engage la responsabilité civile de ses parents.

L'arrêt Minc et Poullet (13 décembre 2002, assemblée plénière de la Cour de cassation) précise que, *pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait même non fautif du mineur ; que seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité.*

Accessoirement, ces arrêts permettent de comprendre comment la Cour de Cassation « dit le droit » c'est-à-dire précise concrètement ce que la loi prévoit.

5. LA RESPONSABILITÉ ÉDUCATIVE DES PARENTS

Le père ou la mère qui *se soustrait sans motif légitime à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* (art. 227-17 CP). Le parquet peut donc poursuivre les parents défaillants, en l'absence de maltraitance ou de carences graves. Il n'est pas nécessaire qu'une plainte soit déposée : le parquet peut engager l'action publique sans plainte puisque le mineur est considéré comme une personne vulnérable.

Le parquet peut poursuivre les parents devant un tribunal correctionnel, ou préférer une voie alternative, comme par exemple leur enjoindre de suivre un stage de responsabilité parentale (SRP) pour les rappeler à leurs obligations légales et tenter de les remobiliser. Ce stage s'inscrit dans la même logique que l'injonction de soins : les poursuites sont abandonnées si les parents suivent le stage. Il peut aussi être encouru au titre de peine complémentaire (c'est-à-dire en plus d'une amende ou d'une peine de prison) : l'obligation d'accomplir [...] *un stage de responsabilité parentale est exécutée dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la condamnation est définitive* (art. 131-35-1 CP). La juridiction précise si le stage est exécuté aux frais du condamné. Le stage de sensibilisation à la sécurité routière (qui s'inscrit dans le même cadre) est toujours exécuté aux frais du condamné (idem). L'accomplissement du stage donne lieu à la remise au condamné d'une attestation que celui-ci adresse au procureur de la République (idem).

Né à la fin des années 90 comme mesure alternative sous le nom de stage parental, à l'initiative de quelques parquets, dont celui de Toulon, précurseur en la matière, le stage de responsabilité parentale a été légalisé par la loi du 5 mars 2007 *relative à la prévention de la délinquance*. Il permet au procureur de la République d'*orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle* [...], *cette mesure peut consister dans l'accomplissement par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage* [...] *de responsabilité parentale* (art. 41-1 CPP). Il est constitué d'une séance collective d'information sur les droits, les devoirs et les obligations des parents, et d'un suivi individualisé de trois mois maximum. Son objectif, pour lutter contre la délinquance des mineurs *dès lors qu'elle apparaît comme une conséquence de carences familiales graves*, est de *responsabiliser les parents sur leur mission d'éducation* et

leur apporter un soutien éducatif sur un temps limité et dans un cadre légal bien défini qui n'empiète pas sur les missions du juge des enfants en assistance éducative.

Le contrat de responsabilité parentale (CRP), alter ego administratif du stage de responsabilité parentale d'origine judiciaire, dure au maximum six mois. Son contenu et les modalités de la conclusion du contrat sont fixés par le décret 2006-1104 du 1er septembre 2006 *relatif au contrat de responsabilité parentale.*

Le président du conseil général peut, depuis la loi du 5 mars 2007, proposer aux parents ou au représentant légal du mineur un contrat de responsabilité parentale (CRP) ou prendre toute autre mesure d'aide sociale à l'enfance adaptée à la situation (art. L. 222-4-1 CASF), *en cas d'absentéisme scolaire, de trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale* (idem). Il peut intervenir de sa propre initiative ou sur saisine de l'inspecteur d'académie, du chef d'établissement d'enseignement, du maire de la commune de résidence du mineur, du directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales ou du préfet (idem). Le contrat rappelle les obligations des titulaires de l'autorité parentale et comporte toute mesure d'aide et d'action sociales de nature à remédier à la situation. Lorsqu'il constate que les obligations incombant aux parents ou au représentant légal du mineur n'ont pas été respectées ou lorsque, sans motif légitime, le contrat n'a pu être signé de leur fait, le président du conseil général peut :

- demander au directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales la suspension du versement de tout ou partie des prestations afférentes à l'enfant, en application de l'article L. 552-3 du Code de la sécurité sociale (dispositions issues de la loi du 31 mars 2006 *relative à l'égalité des chances*) ;
- saisir le procureur de la République de faits susceptibles de constituer une infraction pénale ;
- saisir l'autorité judiciaire pour demander une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (art. 375-9-1 CC).

L'absentéisme scolaire est défini par l'article L. 131-8 du Code de l'éducation (issu de la loi du 5 mars 2007), qui prévoit que *lorsqu'un enfant manque momentanément la classe, les personnes responsables doivent, sans délai, faire connaître au directeur ou à la directrice de*

l'établissement d'enseignement les motifs de cette absence. Les seuls motifs réputés légitimes sont les suivants :

- maladie de l'enfant ;
- maladie transmissible ou contagieuse d'un membre de la famille ;
- réunion solennelle de famille ;
- empêchement résultant de la difficulté accidentelle des communications ;
- absence temporaire des personnes responsables lorsque les enfants les suivent.

Les autres motifs sont appréciés par l'inspecteur d'académie, qui peut consulter les assistantes sociales agréées par lui, et les charger de conduire une enquête, *en ce qui concerne les enfants présumés réfractaires* (idem).

Le directeur ou la directrice de l'établissement d'enseignement doit saisir l'inspecteur d'académie afin qu'il adresse un avertissement aux personnes responsables de l'enfant et leur rappelle les sanctions pénales dans les cas suivants (idem) :

- lorsque, malgré l'invitation du directeur ou de la directrice de l'établissement d'enseignement, ils n'ont pas fait connaître les motifs d'absence de l'enfant ou qu'ils ont donné des motifs d'absence inexacts ;
- lorsque l'enfant a manqué la classe sans motif légitime ni excuses valables au moins quatre demi-journées dans le mois.

Lorsque le directeur ou la directrice de l'établissement d'enseignement saisit l'inspecteur d'académie afin que celui-ci adresse un avertissement aux personnes responsables de l'enfant, dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, il en informe le maire de la commune dans laquelle l'élève est domicilié. L'inspecteur d'académie saisit le président du conseil général des situations qui lui paraissent justifier la mise en place d'un contrat de responsabilité parentale. Il communique au maire la liste des élèves domiciliés dans la commune pour lesquels un avertissement tel que défini au présent article a été notifié.

Rappelons que la loi du 5 mars 2007 a confié au maire un rôle central dans la coordination sur sa commune de l'action sociale : *lorsqu'un professionnel de l'action sociale* [...] *constate que l'aggravation des difficultés sociales, éducatives ou matérielles d'une personne ou d'une*

famille appelle l'intervention de plusieurs professionnels, il en informe le maire de la commune de résidence et le président du conseil général (art. L. 121-6-2 CASF) : être astreint au secret professionnel ne fait pas obstacle à cette information, en théorie obligatoire (idem). Le maire, *saisi dans les conditions prévues au premier alinéa ou par le président du conseil général, ou de sa propre initiative* (idem), désigne, lorsque l'efficacité et la continuité de l'action sociale le rendent nécessaire, un coordonnateur parmi les professionnels qui interviennent auprès d'une même personne ou d'une même famille, après accord de l'autorité dont il relève et consultation du président du conseil général : lorsque les professionnels concernés relèvent tous de l'autorité du président du conseil général, le maire désigne le coordonnateur parmi eux, sur la proposition du président du conseil général (idem). Le coordonnateur est soumis au secret professionnel (il s'agit donc d'un secret missionel), et *les professionnels qui interviennent auprès d'une même personne ou d'une même famille sont autorisés à partager entre eux des informations à caractère secret afin d'évaluer leur situation, de déterminer les mesures d'action sociale nécessaires et de les mettre en œuvre* (idem). Le coordonnateur a connaissance de ces informations, dont le partage *est limité à ce qui est strictement nécessaire à l'accomplissement de la mission d'action sociale* (idem). Le professionnel qui intervient seul, ou le coordonnateur, sont autorisés à révéler au maire et au président du conseil général, ou à leur représentant [...] les informations confidentielles qui sont strictement nécessaires à l'exercice de leurs compétences (on consultera utilement les articles L. 2122-18 et L. 3221-3 CGCT pour mieux appréhender cette notion « à leur représentant »), mais ces informations ne peuvent bien évidemment pas être communiquées à des tiers (idem).

Les parents peuvent également avoir à répondre de leurs défaillances devant le conseil pour les droits et devoirs des familles (CDDF), une instance consultative de proximité, présidée par le maire, censée favoriser le dialogue, venir en aide aux parents dépassés et prévenir la délinquance.

L'article 9 de la loi du 5 mars 2007 *relative à la prévention de la délinquance* offre en effet au maire la possibilité d'instaurer, sur décision du conseil municipal, un tel conseil. Il en existe une trentaine en France (le premier a vu le jour à Castres en mai 2007), une dizaine d'autres devrait suivre.

Le maire, coordinateur de l'action sociale sur le territoire de sa commune depuis la même loi, peut proposer un accompagnement parental si l'ordre, la sécurité ou la tranquillité publique, sont menacés par un défaut de surveillance ou d'assiduité scolaire. Il peut aussi adresser aux familles un rappel à l'ordre solennel.

6. LA RESPONSABILITÉ CIVILE, PÉNALE ET DISCIPLINAIRE (OU ADMINISTRATIVE) DU TRAVAILLEUR SOCIAL

Les responsabilités civile et pénale sont personnelles : la responsabilité civile ou pénale du directeur (personne physique) ou de l'employeur (personne morale) n'est donc pas forcément engagée lorsqu'un salarié cause un dommage sur son temps de travail, encore moins lorsqu'il commet une infraction, dont il devra, seul, répondre (un employeur n'a, par exemple, jamais à payer une amende infligée sur le temps de travail, même si elle concerne un véhicule de service). La question se pose par contre de déterminer qui aura à réparer le dommage causé : l'employeur (si la faute a le caractère d'une faute « de service ») ou l'agent (si elle a le caractère d'une faute « détachable du service », c'est-à-dire d'une « faute personnelle ») ?

Le cas des fonctionnaires

L'article 29 de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* dispose que *toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale*. La responsabilité administrative du fonctionnaire peut donc être engagée parallèlement à des poursuites pénales, ou en l'absence de poursuites pénales. L'agent risque une sanction disciplinaire (art. 89 de la loi du 13 juillet 1983) du premier groupe (avertissement, blâme, exclusion pour une durée maximale de trois jours), du deuxième groupe (abaissement d'échelon, exclusion pour une durée de quatre à quinze jours), du troisième groupe (rétrogradation, exclusion pour une durée de seize jours à six mois) ou du quatrième groupe (mise à la retraite d'office, révocation). Les

sanctions des deuxième, troisième et quatrième groupes ne peuvent être décidées que par le conseil de discipline. L'avertissement n'est pas mentionné au dossier de l'agent, le blâme et l'exclusion temporaire pour une durée maximale de trois jours sont effacés après trois ans, si aucune autre sanction n'est intervenue.

Les fonctionnaires bénéficient dans leurs fonctions *d'une protection organisée par la collectivité publique dont ils dépendent* (art. 11 de la loi 83-634 du 13 juillet 1983) : si un fonctionnaire est *poursuivi par un tiers pour faute de service* [...], *la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui* (idem). Cette protection, appelée « protection fonctionnelle » n'est pas due lorsqu'une faute personnelle est imputable à l'agent : l'administration, la collectivité, n'a alors pas à prendre en charge le paiement d'éventuels dommages et intérêts. De même, la collectivité publique, l'administration, *est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle* : si les faits ont le caractère d'une faute personnelle, elle n'a pas à lui accorder sa protection...

- La faute de service découle d'un acte qui s'inscrit dans le cadre strict des missions (d'où l'importance de disposer de « fiches de poste » détaillées). Elle ne résulte d'aucune infraction, même involontaire.
- La faute personnelle découle d'un acte qui ne s'inscrit pas dans le cadre strict des missions du fonctionnaire, ou elle est le résultat d'une infraction, même involontaire.

L'agent ne sera pas forcément jugé civilement ou pénalement responsable de tous les accidents qui pourraient survenir durant son service (le premier responsable est toujours celui qui cause l'accident), le fameux « défaut de surveillance » n'est pas aussi simple à évoquer que l'on pourrait le croire : il doit être démontré. Il convient de faire ici la différence entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat : les agents sont assujettis à une obligation de moyens, c'est-à-dire qu'ils doivent tout mettre en œuvre (et pouvoir l'expliquer, l'argumenter, le justifier) pour que l'accident n'arrive pas. Il pourra leur être reproché *des faits non intentionnels commis dans l'exercice de* [ses] *fonctions* [...] s'il est établi qu'ils n'ont pas *accompli les diligences normales* compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient

ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie (art. 11 bis A de la loi du 10 juillet 2000).

> La cour d'appel de Paris a confirmé (le 2 décembre 2004) que *le professeur* (était) *responsable d'un manquement caractérisé à des obligations professionnelles essentielles*, dans l'affaire de la petite Sarah, 10 ans, qui, en 1996, a fait une chute mortelle par la fenêtre de sa classe située au deuxième étage. Il a reconnu avoir oublié de refermer la fenêtre après la récréation. Il a été, le 10 décembre 2003, reconnu coupable d'homicide involontaire par le tribunal correctionnel de Bobigny, condamné à cinq mois d'emprisonnement avec sursis et à 120 000 euros de dommages et intérêts. Les juges ont estimé qu'il *avait commis une faute caractérisée, qui exposait les élèves à un risque d'une particulière gravité et qu'il ne pouvait ignorer*. L'éducation nationale n'a pas été mise en cause, elle ne lui a pas apporté la « protection fonctionnelle » qu'il lui a réclamée, estimant qu'il avait commis une faute personnelle. La chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Paris.

Il faut bien comprendre, aussi, qu'un ordre venu de la hiérarchie ne déresponsabilise pas forcément celui qui l'exécute (il est même assez rare de voir le supérieur hiérarchique mis en cause pour une faute ou une infraction commise par son subalterne) : *tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées* (art. 28 de la loi de 1983). Il *doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* (idem).

Ne pas obéir à un ordre illégal est une constante du droit français : *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* (art. 122-4 CP). Celui qui accomplit un « acte manifestement illégal » engage sa responsabilité pénale personnelle. Le droit est un combat d'arguments : le mis en cause pourra toujours invoquer que *n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* (art. 122-3 CP).

Le cas des non-fonctionnaires

Les non-fonctionnaires n'ont pas de loi spécifique qui s'applique à leur responsabilité professionnelle : le cadre légal est donc celui du droit

commun, et la jurisprudence définit les mêmes nuances entre « faute de service » et « faute détachable du service ». Les non-fonctionnaires pourront évoquer les mêmes arguments que leurs collègues fonctionnaires. Un éventuel litige sur la responsabilité disciplinaire d'un salarié non-fonctionnaire sera porté devant le conseil des prud'hommes (et non devant les juridictions administratives).

La délicate question de l'administration des médicaments dans les structures qui accueillent des mineurs ou des personnes vulnérables mérite d'être traitée ici : riche en enseignements, elle est assez polémique pour qu'on lui consacre un peu de temps...

Le cadre légal est limpide : le droit d'administrer des médicaments est réservé aux médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes (art. L. 4111-1 CSP), aux infirmières et aux infirmiers (art. L. 4311-1 CSP).

Les pouvoirs publics, confrontés à l'impossibilité d'imposer qu'un professionnel de la santé soit en permanence présent dans les structures qui accueillent des mineurs ou des personnes vulnérables, ont inventé – sans trop la définir – la notion d'aide à la prise. Les structures – leurs directions, surtout – se sont engouffrées dans la brèche pour claironner qu'aider à la prise est l'évident synonyme d'administrer ! Pourquoi, du coup, recruter une infirmière puisqu'une aide-soignante suffit ? pourquoi, d'ailleurs, recruter une aide-soignante, puisqu'un éducateur suffit, dont on va ainsi mieux rentabiliser le temps de travail ? et pourquoi, tiens, recruter un éducateur puisqu'un AMP suffit ? et pourquoi recruter un AMP alors qu'il y a tant et tant de stagiaires ou de personnes de bonne volonté...

La notion d'aide à la prise a été inventée par l'avis 363.221 de la Section Sociale du Conseil d'État du 9 mars 1999 (à lire sur le site du Conseil d'État), suivi de la très célèbre circulaire DGS/DAS 99-320 du 4 juin 1999. Ces deux textes estiment que *l'aide à la prise de médicaments n'est pas un acte relevant de l'article L. 4161-1 du Code de la santé* (qui pénalise l'exercice illégal de la médecine), *lorsque la prise du médicament est laissée par le médecin prescripteur à l'initiative d'une personne malade capable d'accomplir seule, et lorsque le mode de prise, compte tenu de la nature du médicament, ne présente pas de difficultés particulières ni ne nécessite un apprentissage*. Ceux qui l'aident à accomplir les actes de la vie courante peuvent donc aider une personne malade capable de prendre seule ses médicaments à les prendre dans de meilleures conditions : certes, mais il faut qu'elle soit capable de les prendre seule ! Un trop jeune enfant, un adulte handicapé mental, une personne très âgée ne sont pas forcément en mesure de prendre seuls les médicaments qui leur sont prescrits : dans ce cas-là, continue la circulaire (ce paragraphe est bizarrement souvent oublié), *lorsque la prise du médicament ne peut s'analyser comme une aide à la prise* [...], *elle relève de la compétence des auxiliaires médicaux habilités à cet effet.* En clair : si l'enfant est capable de prendre son traitement lui-même, le professionnel qui l'encadre peut l'aider, lui

rappeler l'heure, sécuriser la conservation des comprimés... Si l'enfant n'a pas la capacité de le faire seul, parce qu'il est trop jeune, parce que la prise exige une préparation, une injection, seul un auxiliaire médical habilité, c'est-à-dire un infirmier, ou un médecin, peut le lui administrer. Mettre un comprimé dans la bouche, ou dans la main, c'est administrer, donner un verre d'eau, c'est aider à la prise, donner un pilulier, c'est administrer, rappeler où se trouve le pilulier quand il est l'heure d'avaler ses médicaments, c'est aider à la prise. L'avis précité du Conseil d'État rappelle que *la vérification de la prise du médicament, la surveillance de ses effets et son administration directe* relèvent de ce délit d'exercice illégal de la médecine.

Si « aider à la prise » et « administrer » sont d'évidents synonymes, pourquoi avoir inventé l'aide à la prise ? pourquoi ne pas autoriser purement et simplement ceux qui aident à accomplir les actes de la vie courante à administrer des médicaments ?

Monsieur le député Alain Calmat a posé le 14 février 2000 la question 41686 à Madame la Ministre de la Santé, qui lui a répondu le 22 janvier 2001. Monsieur Calmat souhaitait comprendre les implications du décret 93-345 du 15 mars 1993 *relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier* (qui stipule que les auxiliaires de puériculture n'ont compétence pour distribuer les médicaments aux enfants que si elles sont encadrées par une infirmière). Madame la Ministre lui a confirmé que *les auxiliaires de puériculture et les assistantes maternelles peuvent être considérées comme des tiers aidant à accomplir les actes de la vie courante dans le cadre de la circulaire DGS/DAS n° 99-320 du 4 juin 1999 relative à la distribution des médicaments.* Elle a ajouté que *l'aide à la prise de médicaments peut en conséquence concerner les enfants accueillis en établissements ou services accueillant des enfants de moins de six ans, les auxiliaires de puériculture et les assistantes maternelles étant considérées comme des tiers aidant à accomplir les actes de la vie courante.*

Se pose aussi la question des aides-soignants : *lorsque les soins sont dispensés dans un établissement ou un service à domicile à caractère sanitaire, social ou médico-social, l'infirmier ou l'infirmière peut, sous sa responsabilité, les assurer avec la collaboration d'aides-soignants, d'auxiliaires de puériculture ou d'aides médico-psychologiques qu'il encadre et dans les limites de la qualification reconnue à ces derniers du fait de leur formation* (art. R. 4311-4 CSP). Le cadre légal encore une fois est clair : l'infirmier assure les soins en encadrant les aides-soignants, auxiliaires de puériculture ou aides médico-psychologiques. L'infirmière qui n'est pas là peut difficilement encadrer qui que ce soit (et l'on se référera volontiers aux textes qui régissent le métier et la formation d'aides-soignants, d'auxiliaires de puériculture ou d'aides médico psychologiques pour constater qu'il n'est nulle part fait mention d'administration de médicaments.

La loi HPST (Hôpital, patients, santé, territoires) du 21 juillet 2009, dite « loi Bachelot » a créé l'article L. 313-26 du CASF : *au sein des établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1, lorsque les personnes ne disposent pas d'une autonomie suffisante pour prendre seules le traitement prescrit par un*

médecin à l'exclusion de tout autre, l'aide à la prise de ce traitement constitue une modalité d'accompagnement de la personne dans les actes de sa vie courante. Elle peut *être assurée par toute personne chargée de l'aide aux actes de la vie courante dès lors que, compte tenu de la nature du médicament, le mode de prise ne présente ni difficulté d'administration ni d'apprentissage particulier* (idem) : *le libellé de la prescription médicale permet, selon qu'il est fait ou non référence à la nécessité de l'intervention d'auxiliaires médicaux, de distinguer s'il s'agit ou non d'un acte de la vie courante* (idem). Des *protocoles de soins* doivent être *élaborés avec l'équipe soignante afin que les personnes chargées de l'aide à la prise des médicaments soient informées des doses prescrites et du moment de la prise.*

Outre le fait que cet article pose de très sérieuses questions quant au respect du secret professionnel, de la vie privée et de l'intimité de l'usager devenu patient, il ne répond pas à la question centrale, celle de la responsabilité : le professionnel qui administre un médicament en assume seul, à titre personnel, l'entière responsabilité, civile et pénale. On ne lui reprochera jamais d'avoir administré un traitement prescrit par un médecin, ça arrange tout le monde qu'il prenne des risques, on lui reprochera éventuellement de l'avoir mal donné : l'obligation de moyens devient une obligation de résultat, avec tous les risques que cela comporte.

Les employeurs citent volontiers, pour étayer leur point de vue, le jugement du 13 mars 2006 du tribunal de grande instance de Nancy, qui a débouté deux syndicats de salariés qui assignaient une association gestionnaire de structures médico-sociales au motif qu'en l'absence d'infirmière, les éducateurs ne pouvaient pas distribuer les médicaments prescrits par le médecin aux personnes hébergées. Ils estiment, même si la jurisprudence n'est jamais qu'indicative (c'est un argument, rien de plus) que ce jugement qui « fait jurisprudence » autorise de fait les éducateurs à administrer des médicaments. Les jugements qui donnent raison aux employeurs sont toujours des jugements *a priori* : il est demandé aux tribunaux de se prononcer sur une question théorique spécifique qu'ils maîtrisent peu, en l'absence de tout préjudice. Les jugements *a posteriori* ont toujours poussé les tribunaux à condamner, au civil et parfois au pénal, pour mise en péril de la vie d'autrui, celui qui, en administrant des médicaments, même prescrits, a causé un préjudice : une prescription, un protocole, ne sont en aucun cas des décharges !

Un professionnel de l'encadrement des mineurs ou des personnes vulnérables qui n'est ni médecin, ni infirmière, qui se retrouve dans l'obligation d'administrer des médicaments, doit pour le moins prendre des précautions :

- exiger un ordre écrit, nominatif ;
- exiger que l'administration des médicaments soit précisée dans son profil de poste ;
- exiger l'original de l'ordonnance (auquel il n'a *a priori* pas accès s'il n'est pas astreint au secret professionnel) sur lequel le médecin aura précisé que « *l'administration du traitement ne nécessite pas l'intervention d'auxiliaires médicaux* » ;

- exiger une formation à l'administration de ces médicaments, de manière à pouvoir détecter un problème (surdose, réaction non désirée) et à agir au plus vite ;
- assurer sa responsabilité civile professionnelle.

L'autre argument des directions est souvent : si vous n'intervenez pas, il va mourir ! Outre le fait que c'est rarement le cas, la non-assistance à personne en péril (et non en danger, qui n'existe pas), prévue et réprimée *de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* (art. 223-6 CP), concerne quiconque *s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.* La précision « sans risque pour les tiers » n'est pas anodine : elle évite que quiconque s'amuse à jouer à l'apprenti sorcier... En cas d'urgence, seul le SAMU peut, par téléphone, donner l'autorisation à quiconque de faire le nécessaire (administrer un médicament, faire une injection) : quoi qu'il décide, il décharge la responsabilité du professionnel (ce n'est pas le cas des pompiers, du médecin de PMI ou du médecin de famille). Le SAMU doit être systématiquement contacté avant qu'un PAI (protocole d'accueil individualisé) soit respecté : je suis récemment intervenu dans une structure où le personnel, non assuré et non formé à l'administration des médicaments qu'il devait administrer, a mis neuf minutes pour appeler le SAMU, et quatre pour lui décrire les symptômes : heureusement qu'il s'agissait d'un exercice et qu'aucun enfant ne convulsait...

L'assurance de la responsabilité professionnelle

La collectivité territoriale, l'administration, l'employeur privé, ont l'obligation légale d'assurer leurs agents, leurs salariés, mais ils ne peuvent légalement pas les couvrir de leurs fautes dites personnelles : seules les fautes dites « de service » sont couvertes par le contrat de la collectivité, de l'employeur. Il peut donc s'avérer utile, par la souscription d'un contrat spécifique qui assurera les conséquences des fautes détachables du service, ou par la signature d'un avenant au contrat « multirisques habitation », de se couvrir soi-même. Les professionnels de l'enfance et de l'éducation (du secteur privé et du service public), pourront accéder au contrat « métiers de l'éducation, protection des risques professionnels », créé par l'USU (Union solidariste universitaire, mutuelle d'assurance des solidarités laïques), connu sous le nom « autonome de solidarité » (www.autonome-solidarite.fr) et désormais géré par la MAIF (www.maif.fr). Il coûte une trentaine d'euros par an. Les professionnels de la santé et les agents de la fonction publique hospitalière se rapprocheront s'ils le souhaitent de la MACSF (Mutuelle d'assurance

du corps de santé français), les fonctionnaires territoriaux de la SMACL (Société mutuelle d'assurance des collectivités locales) et de son contrat Sécurité fonctionnaires territoriaux (www.smacl.fr), les agents du service public, de la GMF et de son contrat Vie pro (www.gmf.fr).

Il ne faut pas confondre assurance et protection juridique (art. L. 127-1 à L. 127-8, Code des assurances, loi n° 2007-210 du 21 février 2007). La protection juridique est un contrat spécifique (dont on peut parfois légitimement s'interroger sur l'utilité), qui, *moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue*, contraint la compagnie d'assurance auprès de laquelle il a été souscrit, *en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers*, à prendre en charge les frais de procédure ou à fournir des services pour *défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi* (art. L. 127-1, Code des assurances). Les dommages et intérêts obtenus sont versés en priorité à l'assuré (qui ne peut pas solliciter l'aide juridictionnelle), puis à l'assureur, pour le couvrir des dépenses engagées.

Le droit de retrait

Le droit de retrait permet aux agents des trois fonctions publiques de se retirer, seul ou en groupe, d'une *situation de travail dont ils ont un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé, ou s'ils constatent une défectuosité dans les systèmes de protection*. Le droit de retrait des fonctionnaires, défini par l'article 5-6 du décret 82-453 du 28 mai 1982 *relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique* (modifié par le décret 95-680 du 9 mai 1995) ne peut s'exercer qu'une fois alertée l'autorité administrative. Il ne peut s'exercer que s'il ne crée pas pour autrui *une nouvelle situation de danger grave et imminent* : pas question, donc, de se retirer si cela met en danger les collègues ou les usagers. Le droit de retrait ne peut pas, en théorie, être assimilé à une grève, puisqu'il n'a pas pour but de faire pression sur l'employeur, ou à un abandon de poste : *aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise* [...] par l'autorité administrative dûment alertée, qui *ne peut demander à l'agent de reprendre son activité*

dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent (idem).

> Le Conseil d'État estime que le droit de retrait peut s'exercer *si l'agent estime raisonnablement qu'il court un risque grave et imminent pour sa santé et sa sécurité* (15 mars 1999). L'existence objective de ce danger grave et imminent n'est donc pas nécessaire. Il arrive néanmoins qu'il soit jugé abusif par l'autorité, et assimilé à un abandon de poste. Un agent s'estimant victime de harcèlement moral qui a exercé son droit de retrait a été désavoué par le tribunal administratif de Dijon car il ne pouvait *justifier de l'utilisation de ce droit, et que, dans ce cas, la procédure pour abandon de poste diligentée par l'administration était légale* (15 avril 2005). Les enseignants d'un collège qui ont invoqué le droit de retrait pour cesser le travail à la suite de faits mettant en cause la sécurité des élèves et des personnels ont été considérés grévistes par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise *en l'absence de motif raisonnable de penser que leur situation de travail présentait pour leur vie ou pour leur santé le « danger grave et immédiat » requis par le décret instituant le droit de retrait* (16 juin 2005).

Le droit de retrait existe également dans le secteur privé (loi 82-1097 du 23 décembre 1982), où le travailleur doit alerter immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection (L. 4131-1 CT). On estime qu'il y a danger grave et imminent lorsqu'on est en présence d'une menace susceptible de provoquer une atteinte sérieuse à l'intégrité physique d'un travailleur, dans un délai très rapproché. Il peut alors se retirer d'une telle situation (idem), et son employeur ne peut lui demander *de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection* (idem). Il suffit, selon la Cour de Cassation, que *la crainte du salarié soit légitime, qu'il soit de bonne foi* (17 octobre 1989). Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne pourra être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux (art. L. 4131-3 CT).

> La chambre sociale de la Cour de cassation vient encore d'indiquer que le licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié ayant légitimement exercé son droit de retrait était considéré comme nul et que ce salarié est fondé à demander sa réintégration (28 janvier 2009). La chambre sociale de la cour d'appel de

Montpellier a estimé que *constitue un motif raisonnable justifiant l'exercice de son droit de retrait par le salarié la défectuosité du système de freinage du camion de l'entreprise, alors qu'après l'interdiction de circulation émise par le service des mines, l'employeur était tenu de présenter le véhicule à une contre-visite [...], le licenciement fondé sur le refus de conduire le véhicule était dès lors sans cause réelle et sérieuse* (30 avril 1998).

Partie 2

Le droit de la famille

De la naissance à la mort

Chapitre 4 **L'état civil et l'état des personnes** 73

Chapitre 5 **La filiation** 105

Chapitre 6 **L'adoption** 121

Chapitre 7 **La minorité, la majorité et l'émancipation** 133

Chapitre 8 **Le mariage** 141

Chapitre 9 **Le PACS et le concubinage** 157

Chapitre 10 **Le divorce et la séparation** 165

Chapitre 11 **Les obligations alimentaires** 183

Chapitre 12 **La protection des majeurs** 195

Chapitre 13 **Le décès, l'absence et la disparition** 229

Partie 2 • Le droit de la famille

LE DROIT DE LA FAMILLE est une composante du droit civil : intégré au code civil, il réglemente le fonctionnement de la famille. Il suit l'évolution des individus, de leur naissance à leur décès : les évènements de leur vie civile sont consignés sur des actes d'état civil, intégrés à des registres d'état civil tenus par des officiers et officiers délégués d'état civil.

Chapitre 4

L'état civil et l'état des personnes

PLAN DU CHAPITRE

1. L'organisation de l'état civil **76**
Les officiers de l'état civil 76
Les actes et les registres de l'état civil 77
La rédaction et la publicité des actes de l'état civil 79
La publicité des actes 83

2. La naissance et l'acquisition de la personnalité juridique **83**
L'acquisition de la personnalité juridique 84
L'enfant né sans vie et le décès de l'enfant né vivant et viable 84
L'accouchement anonyme et l'accès aux origines personnelles 86
La procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui 90

3. Les éléments d'identification de l'individu **91**
Le ou les prénom(s) 92
Le sexe 93
Le domicile 93
La nationalité 95

4. Le nom de famille **100**
Le nom de jeune fille 100
Le nom d'usage 101
Les caractères du nom 101
Le surnom et le pseudonyme 101

4 • L'état civil et l'état des personnes

Le nom de famille : acquisition 102
Le nom de famille : on peut en changer 103
Le nom de famille : on peut le relever 104
Le nom de famille : on peut le franciser 104

L'**ÉTAT DES PERSONNES** est constitué de l'ensemble des éléments qui permettent d'identifier un individu par rapport aux autres : son nom, son prénom, son sexe et son domicile, sa nationalité et sa situation au regard du mariage (célibataire, marié), son lieu et sa date de naissance. Les actes de l'état civil attestent de l'état des personnes.

1. L'ORGANISATION DE L'ÉTAT CIVIL

L'état civil a été créé le 20 septembre 1792 : les communes remplacent les paroisses, les officiers d'état civil prennent le relais des curés et de leurs registres paroissiaux.

C'est l'origine des 36 681 communes que compte la France (elle possède, à elle seule, près de 40 % des communes de l'Union européenne) : elles ont remplacé les 44 000 paroisses constituées au Moyen Âge.

La tenue des registres d'état civil est une mission obligatoire de la commune, exercée au nom de l'État sous la tutelle du procureur de la République. Il s'agit donc d'une mission déconcentrée, et non décentralisée, même si elle est confiée à une collectivité territoriale : le maire est aussi, ne l'oublions pas, un agent de l'État.

Les officiers de l'état civil

L'article L. 2122-32 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) précise que *le maire et les adjoints sont officiers d'état civil.* Leur compétence, qui s'exerce dans les limites territoriales de leur commune, peut être déléguée à un fonctionnaire titulaire (qui devient officier délégué d'état civil), ou à un conseiller municipal. Seul un élu, maire, adjoint ou conseiller, peut célébrer un mariage.

Les officiers d'état civil sont garants de la régularité et de la légalité des actes d'état civil qu'ils établissent : ils assument la responsabilité civile et pénale de leurs erreurs, volontaires ou involontaires.

Les actes et les registres de l'état civil

Les officiers d'état civil et les officiers d'état civil délégués rédigent les actes de naissance. Ils reçoivent les reconnaissances des enfants nés hors mariage et en dressent acte. Ils célèbrent les mariages et en dressent acte. Ils rédigent les actes de décès. Ils tiennent à jour les registres, c'est-à-dire qu'ils transcrivent les actes établis par d'autres officiers d'état civil ou relevant d'un jugement.

La transcription est *l'opération par laquelle un officier de l'état civil reporte sur ses registres un acte de l'état civil reçu ailleurs que dans sa circonscription, ou une décision judiciaire relative à l'état civil* (selon une circulaire du 11 mai 1999).

Ils tiennent à jour les actes en apposant les mentions marginales : le mariage, le divorce et le décès sont portés en marge de l'acte de naissance, le divorce est porté en marge de l'acte de mariage... Les mentions marginales pallient à l'absence de centralisation : à défaut d'un fichier national unique rassemblant tous les actes de naissance, mariage et décès, les mentions marginales permettent de faire le lien entre les différents actes tenus parfois dans différentes communes (on se marie de moins en moins dans sa commune de naissance...).

L'adoption simple est portée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. L'adoption plénière provoque la rédaction d'un nouvel acte de naissance.

Les officiers d'état civil et les officiers d'état civil délégués doivent délivrer gratuitement, aux personnes qui sont en droit de les réclamer, des copies et des extraits d'actes : on appelle cela « la publicité des actes ». La copie d'un acte est sa reproduction intégrale « avec toutes mentions marginales » (on l'appelle aussi « expédition »). L'extrait est la reproduction épurée de l'acte, sans ses mentions marginales (seuls des extraits d'acte de naissance et de mariage peuvent être délivrés : il n'existe pas d'extrait d'acte de décès).

Il existe trois registres de l'état civil : le registre des naissances, le registre des mariages et le registre des décès. Un seul registre peut être utilisé dans les communes de moins de 5 000 habitants (selon les Instructions générales relatives à l'état civil, surnommées, IGREC par les professionnels). La tenue des registres est informatisée depuis 1990. Les actes des citoyens français nés à l'étranger sont conservés au Service central de l'état civil (Nantes).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Les registres sont tenus en double exemplaire original : un exemplaire est conservé en mairie pendant cent ans, l'autre est transmis, à la fin de chaque année civile, au greffe du procureur de la République, installé au tribunal de grande instance dont dépend la commune. Les registres de plus de cent ans sont conservés aux archives départementales, où leur consultation est publique.

Les registres sont ouverts par un procès-verbal d'ouverture dressé par l'officier de l'état civil. Ils sont clôturés par un procès-verbal de clôture, qui établit le nombre d'actes enregistrés dans l'année, ou dans la période d'ouverture du registre. Leurs pages, numérotées et paraphées, sont fournies par la préfecture. Pour faciliter la recherche par nom, des tables annuelles sont établies : elles se présentent sous la forme d'une liste alphabétique. Le classement par nom s'est fait d'abord uniquement sur le nom du mari : il n'a tenu compte du nom de la femme qu'à partir de 1913 ! Les tables annuelles sont compilées tous les dix ans pour réaliser des tables décennales.

Les actes de l'état civil ont une force probante variable, selon que les faits ont été personnellement constatés par l'officier de l'état civil ou l'officier de l'état civil délégué (la date, l'heure, l'identité des comparants, leur présence effective) ou qu'ils ont été simplement rédigés sur déclaration du déclarant (appelé aussi le comparant). L'énonciation de ce que l'officier de l'état civil ou l'officier de l'état civil délégué a personnellement constaté a la valeur d'un acte authentique : une action en justice sera nécessaire pour les faire rectifier, l'officier de l'état civil ou l'officier d'état civil délégué aura commis un faux si elles sont jugées inexactes. L'officier de l'état civil ou l'officier de l'état civil délégué, par contre, ne peut pas constater le sexe de l'enfant qui vient de naître, ni même, parfois, la date et le lieu de naissance : ces énonciations ne font alors foi que jusqu'à preuve du contraire. Elles sont soumises à l'appréciation souveraine des juges.

Les copies et les extraits d'actes ont la même force probante que l'acte lui-même, à condition que tous soient délivrés par le dépositaire légal du registre (la mairie qui possède l'acte), qu'ils soient datés, signés par un officier de l'état civil ou officier de l'état civil délégué, et tamponnés de la Marianne de la commune en question. Leur durée de vie est illimitée, selon le décret du 26 décembre 2000, *sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires...*

La rédaction et la publicité des actes de l'état civil

La Cour de cassation définit l'acte d'état civil comme « un écrit dans lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes ». Les actes font intervenir plusieurs acteurs : l'officier de l'état civil ou l'officier de l'état civil délégué, le comparant (ou le déclarant) et les témoins, qui ne sont prévus par la loi que dans le cadre du mariage.

L'acte de naissance

L'acte de naissance est rédigé dans les trois jours ouvrables de l'accouchement, à la mairie du lieu de naissance (art. 55 CC). Il énonce *le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant* (art. 57 CC).

L'acte de naissance précise si les parents sont mariés ou, dans le cas contraire, si l'enfant a fait l'objet d'une reconnaissance de paternité, ou de maternité.

L'officier de l'état civil adresse, dans les quarante-huit heures de la déclaration de naissance, un extrait d'acte de naissance (établi conformément aux dispositions de l'article 11 du décret n° 62-921 du 3 août 1962) au médecin responsable du service de protection maternelle et infantile (PMI) du département dans lequel résident les parents (art. R. 2112-21 CSP).

L'acte de naissance est par la suite complété de mentions marginales, comme la date et le lieu du mariage de l'enfant et le nom de son conjoint (depuis le 17 août 1897), la date et le lieu de son décès (depuis le 29 mars 1945), la mention de son divorce et du TGI qui l'a prononcé (depuis le 13 avril 1932). Les actes administratifs et déclarations d'acquisition, de perte ou de réintégration de la nationalité française sont inscrits en marge de l'acte de naissance. La qualité de pupille de la Nation également (depuis le 22 novembre 1917), comme l'adoption simple et sa révocation. La tutelle et la curatelle

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

sont désormais inscrites dans la marge de l'acte de naissance ainsi que leur mainlevée.

Lorsqu'une naissance n'a pas été déclarée dans le délai légal, l'officier de l'état civil ne peut la relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal de grande instance.

La naissance de l'enfant est déclarée *par le père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement* (art. 56 CC). Lorsque la mère a accouché hors de son domicile, par la personne chez qui elle a accouché. L'acte de naissance est rédigé immédiatement.

L'officier de l'état civil ou l'officier de l'état civil délégué peut ne pas mentionner le nom de la mère : c'est le fondement juridique de l'accouchement anonyme dit « sous X ».

Il mentionne en qualité de père, l'époux de la femme mariée, selon le principe de la présomption de paternité (art. 312 CC). Il ne mentionne le père non marié que si l'enfant a fait l'objet d'une reconnaissance anticipée. Un avis de naissance est adressé, par la mairie du lieu de naissance, à la mairie du domicile du ou des parents.

Des copies intégrales et des extraits avec filiation peuvent être délivrés au titulaire de l'acte (majeur ou émancipé), à ses ascendants et descendants, à son conjoint, à son représentant légal, à son notaire ou à son avocat. Le demandeur doit préciser les nom et prénom des parents du titulaire de l'acte. Les frères et sœurs du titulaire de l'acte ne peuvent pas obtenir de copie intégrale, mais un extrait avec filiation peut leur être délivré (sans les mentions marginales). Les héritiers peuvent obtenir des extraits avec filiation en produisant une attestation notariale. Les extraits sans filiation sont délivrés à toute personne qui indique la date et le lieu de l'événement, ainsi que les noms et prénoms du ou des titulaire(s) de l'acte.

L'acte de naissance d'un enfant adopté en adoption plénière sera impubliable pendant cent ans : un nouvel acte sera rédigé à la lecture du jugement d'adoption par la mairie du lieu d'adoption.

L'acte de mariage

L'acte de mariage énonce *les prénoms, noms, professions, âges, dates et lieux de naissance, domiciles et résidences des époux, les prénoms, noms,*

professions et domiciles des pères et mères, le consentement des pères et mères, aïeuls ou aïeules, et celui du conseil de famille, dans le cas où ils sont requis, les prénoms et nom du précédent conjoint de chacun des époux, la déclaration des contractants de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier de l'état civil, les prénoms, noms, professions, domiciles des témoins et leur qualité de majeurs (art. 76 CC). Il précise s'il a été ou non été conclu un contrat de mariage : le cas échéant, il indique la date dudit contrat, le nom et le lieu de résidence du notaire qui l'a reçu. L'acte de mariage est rédigé pendant la cérémonie du mariage. Le curateur de la personne en curatelle doit le contresigner.

Le mariage est porté en marge de l'acte de naissance de chaque époux, ainsi que le divorce (depuis la loi du 18 avril 1886), noté aussi en marge de l'acte de mariage (depuis le 10 mars 1932).

La séparation de corps et l'éventuelle reprise de la vie commune sont portées en marge des actes de mariage et de naissance des époux.

Un changement de régime matrimonial sera concrétisé par une mention de « répertoire civil ».

Le répertoire civil est un classeur, tenu au greffe du parquet du tribunal de grande instance, dans lequel sont conservés des jugements ou des actes authentiques dont l'existence est mentionnée en marge des actes de naissance ou de mariage. L'existence est mentionnée, mais le contenu est confidentiel : seule est inscrite la mention RC suivie d'un numéro, qui renvoie à la pièce insérée dans le classeur. En pratique, une mention RC sur un acte de naissance correspondait jadis à un placement sous tutelle (lorsqu'elle interdisait l'inscription sur les listes électorales), une mention RC sur un acte de mariage correspond toujours à un changement de régime matrimonial (elle permet au notaire chargé de la succession de s'interroger).

Des copies intégrales et des extraits de l'acte de mariage peuvent être délivrés selon les mêmes principes que l'acte de naissance.

L'acte de décès

L'acte de décès énonce *le jour, l'heure et le lieu de décès, les prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile de la personne décédée, les prénoms, noms, professions et domiciles de ses père et*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

mère, les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée, veuve ou divorcée, les prénoms, nom, âge, profession et domicile du déclarant et, s'il y a lieu, son degré de parenté avec la personne décédée : le tout, autant qu'on pourra le savoir (art. 79 CC). Il est fait mention du décès en marge de l'acte de naissance de la personne décédée. L'acte de décès peut être complété de deux mentions marginales : « mort pour la France » (créée par la loi du 2 juillet 1915 modifiée le 28 février 1992) et « mort en déportation » (depuis une loi du 15 mai 1985). Le jugement déclaratif d'absence est transcrit dans le registre des décès, comme le jugement déclaratif de décès, qui prononce la disparition : on peut donc également trouver en marge la mention du retour du disparu, mais c'est plus rare. Des copies intégrales des actes de décès sont délivrées à tout demandeur, s'il indique la date et le lieu du décès, ainsi que les nom et prénom de la personne décédée.

Il est parfois nécessaire que soit complété ou corrigé un acte : la mauvaise orthographe d'un prénom, une erreur de date, peut faire naître un doute quant à l'identité véritable de la personne, ce qui peut se révéler problématique, par exemple lors d'une succession. La rectification peut être judiciaire, ou administrative. La rectification administrative est de la compétence du procureur de la République : elle a pour but de rectifier une erreur matérielle. Elle est portée en marge de l'acte. La rectification judiciaire est ordonnée par le tribunal de grande instance, qui intervient lorsque l'erreur n'est pas purement matérielle. Elle est portée en marge de l'acte. Il est totalement interdit, dans tous les cas, de modifier l'acte lui-même.

L'enterrement des indigents

L'enterrement des indigents, c'est-à-dire de ceux qui ne peuvent pas payer leurs obsèques, est prévu par le Code général des collectivités territoriales (CGCT). Le maire du lieu du décès (et non du domicile) a l'obligation légale de pourvoir gratuitement et dignement à l'enterrement des indigents (à défaut du maire, le préfet) : *le maire ou, à défaut, le représentant de l'État dans le département, pourvoit d'urgence à ce que toute personne décédée soit ensevelie et inhumée décemment sans distinction de culte ni de croyance* (art. L. 2213-7 CGCT).

L'article L. 2223-29 du même code pose le principe de la gratuité du cercueil et du culte, appelé consistoire. L'article L. 2542-19 prend d'identiques dispositions pour le transport. Il précise que *le transport des corps des indigents est fait décemment et gratuitement.*

La publicité des actes

Les fiches d'état civil ont été supprimées le 26 décembre 2000. Elles ont été remplacées *par la présentation de l'original ou la production ou l'envoi d'une photocopie lisible* d'un des documents prévu par le décret du 26 décembre 2000 (livret de famille tenu à jour, extrait ou copie d'acte de mariage ou de naissance, carte nationale d'identité ou passeport en cours de validité).

Le livret de famille a été créé en 1875 par la préfecture du département de la Seine. Il a été généralisé à toute la France en 1884. Il est le reflet de la composition et de l'évolution de la famille, à condition d'être tenu à jour. Un arrêté du ministère de la justice du 1er juin 2006 fixe *le modèle de livret de famille*, en application de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation : *le livret de famille doit être établi dans le format 99 mm × 210 mm*, il est *inséré au livret de famille les renseignements relatifs à l'état civil et au droit de la famille*. Il n'existe en effet plus qu'un seul livret de famille, contre cinq auparavant : celui des époux, celui de la mère d'un enfant naturel, celui du père d'un enfant naturel, celui, commun, du père et de la mère d'un enfant naturel, celui du père et/ou de la mère d'un enfant adopté.

Un deuxième livret peut être délivré gratuitement en cas de perte, de vol ou de destruction, en cas de changement dans la filiation ou dans les noms et prénoms des personnes qui figurent sur le livret, en cas de divorce ou de séparation (un deuxième livret est alors remis à celui qui en est dépourvu).

2. LA NAISSANCE ET L'ACQUISITION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

Chaque être humain dispose, dès sa naissance (et parfois même avant, lorsque la défense de ses intérêts l'exige), d'une personnalité juridique, qui en fait un « sujet de droit », c'est-à-dire une personne titulaire de droits, de devoirs et d'obligations dont la vie est réglementée par la loi. Les choses sont des « objets de droit ». La personne juridique peut être titulaire d'un patrimoine.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

L'acquisition de la personnalité juridique

La naissance est le point de départ de la vie civile, à condition que l'enfant soit *né vivant et viable* (art. 79-1 CC). La viabilité de l'enfant a été fixée par la chambre civile de la Cour de cassation *après un terme de 22 semaines d'aménorrhée ou pesant plus de 500 grammes* (30 novembre 2001). La date de conception est déterminée selon une présomption légale : l'enfant est présumé avoir été conçu dans la période qui s'étend du 300e au 180e jour inclus avant sa date de naissance.

La personnalité juridique s'acquiert en principe à la naissance, mais elle peut être reconnue au fœtus dès sa conception.

L'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois que tel est son intérêt : on l'appelle alors *infans conceptus*. Il peut bénéficier d'une donation ou des dispositions d'un testament (art. 906 CC), qu'il peut même percevoir (art. 725 CC), à condition de naître vivant et viable.

La naissance est attestée par l'acte de naissance, rédigé lorsqu'elle est déclarée. La naissance et sa déclaration attribuent à l'enfant sa personnalité juridique.

La personnalité juridique cesse avec le décès, bien que certains de ses effets persistent après la mort (comme le respect des dernières volontés du défunt).

La loi prévoit des procédures en cas de doute sur le décès : c'est l'absence et la disparition.

L'enfant né sans vie et le décès de l'enfant né vivant et viable

Si l'enfant décède avant que sa naissance ne soit déclarée, l'officier de l'état civil, ou l'officier délégué de l'état civil, établit en même temps un acte de naissance et un acte de décès, à condition que soit produit un certificat médical, précisant les jours et heures de la naissance et du décès, et attestant que l'enfant est né vivant et viable.

Le certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable permet aux parents de récupérer le corps, de procéder à des funérailles,

d'attribuer à l'enfant un prénom et de le faire inscrire, s'ils le souhaitent, dans le livret de famille (décret 2008-798 du 20 août 2008).

Le père de l'enfant né sans vie (décédé après avoir atteint le seuil de viabilité) peut désormais, comme la mère, bénéficier d'un congé de paternité (décret 2008-32 du 9 janvier 2008). Les couples non mariés qui ne possèdent pas de livret de famille peuvent s'en faire délivrer un afin d'y inscrire leur enfant né sans vie (décret n° 2008-798 du 20 août 2008).

Si l'enfant n'est pas né vivant et viable, l'officier de l'état civil, ou l'officier de l'état civil délégué, rédige, dans le registre des décès, un acte d'enfant sans vie (art. 79-1 CC) qui énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non : *tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question* (idem). Un enfant mort-né avant 22 semaines d'aménorrhée et pesant moins de 500 grammes a le statut de « pièce anatomique » (sic) : il fait l'objet d'une simple déclaration administrative, aucun acte d'état civil n'est établi (l'établissement de soins peut néanmoins fournir aux parents un certificat d'accouchement d'un enfant né mort et non viable).

La notion de viabilité de l'enfant n'est pas définie par la loi : les médecins ont donc à l'apprécier. Plusieurs circulaires ministérielles, ou interministérielles (le 22 juillet 1993, le 30 novembre 2001, le 25 janvier 2008) ont tenté de préciser cette notion en se basant sur les critères définis en 1977 par l'Organisation mondiale de la santé. Trois arrêts de la Cour de cassation du 6 février 2008 ont invalidé les seuils de 22 semaines et 500 grammes « pour défaut de base légale » (une circulaire se contente de proposer, elle n'a aucun pouvoir normatif). La Cour a estimé que le Code civil ne *subordonne pas l'établissement d'un acte d'enfant sans vie au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse*, donc *tout enfant né sans vie à la suite d'un accouchement peut être inscrit sur les registres de décès de l'état civil, quel que soit son niveau de développement*. En soulignant le vide juridique, la Cour a de fait supprimé, sans les remplacer, les seuils à partir desquels la reconnaissance du statut d'enfant sans vie est possible.

Le décret 2008-800 du 20 août 2008 précise les nouvelles conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie, désormais rédigé sur la

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

base d'un « certificat médical d'accouchement » : l'acte d'enfant sans vie n'est plus fondé sur le seuil de viabilité défini par l'OMS, mais sur la production d'un certificat médical d'accouchement, dont une circulaire interministérielle du 19 juin 2009 s'efforce de préciser les conditions de délivrance. En ne définissant pas la viabilité, il laisse planer un doute sur la notion même d'accouchement, laissant les médecins préciser, ou non, que l'enfant est né vivant et viable.

Le ministère de la santé, afin de *faciliter le travail de deuil des parents en permettant une reconnaissance à l'état civil de leur enfant mort-né, par l'obtention d'un acte d'enfant sans vie*, indique toutefois qu'*une application souple du dispositif doit être retenue* (réponse du ministre de la santé, le 2 décembre 2002, à la question 1075 de Monsieur Jean-Michel Ferrand, député du Vaucluse, posée le 29 juillet 2002 à l'Assemblée nationale). Le ministère précise également que *l'acte d'enfant sans vie ne doit pas être assimilé à une déclaration de naissance* (idem).

L'accouchement anonyme et l'accès aux origines personnelles

L'accouchement anonyme, dit « sous X », a été créé par le décret législatif pour la protection des naissances du 2 septembre 1941 : il autorise la femme à demander que *le secret de son admission et de son identité soit préservé* lors de son accouchement (art. 326 CC) : *aucune pièce d'identité n'est exigée et aucune enquête n'est entreprise* (art. L. 1112-28 CSP).

Les frais d'hébergement et d'accouchement sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance (ASE) du département où est installé l'établissement (art. L. 222-6 CASF). Les frais sont également pris en charge si la femme, sans demander le secret de son identité, confie l'enfant en vue d'adoption au service de l'aide sociale à l'enfance (idem) : une femme peut en effet accoucher, déclarer la naissance de son enfant et le confier aussitôt à l'adoption.

La femme – on ne peut légalement pas dire la mère – peut attribuer à l'enfant trois prénoms : le troisième lui servira de nom provisoire. Si elle ne le fait pas, l'officier de l'état civil, ou l'officier de l'état civil délégué le fera en rédigeant l'acte de naissance sur lequel le nom de la mère

n'apparaîtra pas : *si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet* (art. 57 CC). Il est inexact d'affirmer que la mère de l'enfant sera désignée par un X.

L'enfant est confié aux services de l'aide sociale à l'enfance. La femme dispose d'un délai de réflexion de deux mois, à l'issue duquel l'enfant est déclaré adoptable : à sa demande ou avec son accord, elle pourra bénéficier d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance.

Le rapport d'étape d'enquête menée conjointement par l'Institut d'études démographiques (INED) et le CNAOP (Conseil national d'accès aux origines personnelles), fait apparaître qu'entre le 1er juillet 2007 et le 30 juin 2009, 13 % des enfants « nés sous X » ont été repris par leur mère (9 %) par leurs deux parents (3 %) ou par leur père (1 %). L'enquête porte sur 432 femmes domiciliées dans 61 départements : la plus jeune avait 12 ans, la plus âgée, 47. Elle précise que 120 femmes (sur 432) ont établi la filiation ou ont reconnu l'enfant dans les deux mois suivant sa naissance ou ont laissé ouvertement leur identité dans son dossier (consultable sur le site www.cnaop.gouv.fr).

Depuis l'adoption de la loi 2002-93 du 22 janvier 2002, la femme *est informée des conséquences juridiques* de sa demande *et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire* (art. L222-6 CASF). Elle est en conséquence *invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité* (idem).

La femme est *informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité* (idem) et que son identité ne pourra être communiquée, par le CNAOP, que dans les cas prévus par l'article L. 147-6 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) : si elle l'accepte ou si elle est décédée, sauf si elle a exprimé une volonté contraire. La moitié des mères accepte la levée du secret lorsque le CNAOP les contacte suite à une démarche entreprise par l'enfant.

Elle est également informée *qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance* (art. L. 222-6 CASF) : les prénoms donnés à l'enfant, son sexe, la date, le lieu et l'heure de sa naissance *sont*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

mentionnés à l'extérieur de ce pli par les personnes visées à l'article L. 223-7 du CASF.

Il s'agit d'au moins deux personnes désignées, dans chaque département, par le président du conseil général, au sein de ses services. Elles sont chargées d'assurer les relations avec le CNAOP, d'organiser l'accompagnement psychologique et social dont peut bénéficier la femme et de recevoir, lors de la naissance, le pli fermé. Ils lui délivrent l'information prévue à l'article L. 224-5 et recueillent les renseignements relatifs à la santé des père et mère de naissance, aux origines de l'enfant et aux raisons et circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance ou à l'organisme autorisé et habilité pour l'adoption. Elles s'assurent également de la mise en place d'un accompagnement psychologique de l'enfant.

La mère est informée (art. L. 224-5 CASF) :

- des mesures instituées, notamment par l'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale, pour aider les parents à élever eux-mêmes leurs enfants ;
- des dispositions du régime de la tutelle des pupilles de l'État ;
- des délais et conditions suivant lesquels l'enfant pourra être repris par ses père ou mère ;
- de la possibilité de laisser tous renseignements concernant la santé des père et mère, les origines de l'enfant, les raisons et les circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance.

Depuis la loi du 22 janvier 2002, *relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État*, le pli est conservé par les services du Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP). Il est remis à l'enfant s'il en fait un jour la demande. Les femmes qui ont « accouché sous X » avant la création du CNAOP peuvent lui faire parvenir un tel pli. Le CNAOP, dont le fonctionnement est prévu par le Code de l'action sociale et des familles (articles L. 147-1 à L. 147-11), reçoit la demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant formulée par l'enfant majeur, par ses descendants en ligne directe majeurs s'il est décédé, par les représentants légaux de l'enfant mineur ou par le tuteur de l'enfant sous tutelle (art. L. 147-2 CASF).

Le CNAOP (www.cnaop.gouv.fr) reçoit également *la déclaration de la mère ou, le cas échéant, du père de naissance par laquelle chacun d'entre eux autorise la levée du secret de sa propre identité, les*

déclarations d'identité formulées par leurs ascendants, leurs descendants et leurs collatéraux privilégiés, la demande du père ou de la mère de naissance s'enquérant de leur recherche éventuelle par l'enfant (idem). Le CNAOP ne lève le secret que lorsque les deux parties ont donné leur accord.

La loi du 22 janvier 2002 tente de concilier deux droits fondamentaux : celui de la mère à accoucher anonymement, et celui de l'enfant à connaître ses origines. Elle s'efforce de mettre le droit français en conformité avec la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), qui prévoit que *l'enfant, dès sa naissance, a* [...] *le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* (article 7).

La loi du 5 juillet 1996 avait déjà fait évoluer l'accouchement anonyme vers un accouchement secret, en autorisant les géniteurs à lever à tout moment le secret de leur identité, ou à communiquer des renseignements non identifiants qui étaient conservés dans le dossier de l'enfant, à qui ils n'étaient communiqués qu'à sa demande. L'enfant adopté a, en effet, accès à son dossier depuis la loi du 17 juillet 1978, mais pas à son acte de naissance original, qui reste impubliable et inconsultable pendant 100 ans : un nouvel acte de naissance a été rédigé lors de son adoption plénière (la quasi-totalité des enfants « nés sous X » bénéficie d'une adoption plénière dans les deux mois qui suivent leur naissance).

La loi du 22 janvier 2002 facilite également la reconnaissance de l'enfant par son père : *si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République, celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant* (art. 62-1 CC). L'enfant né sous X fait souvent l'objet d'une adoption plénière, qui est irrévocable, donc *l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation, il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit* (art. L. 147-7 CASF). L'enfant né sous X qui retrouve sa mère, son père biologique, reste l'enfant de ses parents adoptifs, sans possibilité de récupérer sa véritable filiation.

On dénombre environ, chaque année, 500 accouchements anonymes, leur nombre ne cesse de diminuer : de 10 000 par an à la Libération, ils n'étaient plus que 780 en 1991, 620 en 1997, 560 en 1999. On estime à 400 000 le nombre de personnes vivantes nées sous X.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

La loi 2009-61 du 16 janvier 2009 a rendu possible la recherche en maternité naturelle pour les enfants nés sous X en modifiant l'article 325 du Code civil qui, auparavant, l'interdisait formellement : l'accouchement anonyme l'est donc de moins en moins.

La procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui

La procréation médicalement assistée avec tiers donneur est réglementée par le Code civil : *aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* (art. 311-19 CC), *aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur*. Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale qui nécessite l'intervention d'un tiers donneur *doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation* (art. 311-20 CC).

Ce consentement interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, sauf si l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée, ou si le consentement a été privé d'effet, c'est-à-dire en cas de décès, de dépôt d'une demande de divorce, de séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie survenue avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit, avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance.

Bien sûr, *celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant*, et *sa paternité est judiciairement déclarée* (art. 311-20 CC).

La gestation pour autrui est interdite en France depuis qu'une jurisprudence de la Cour de cassation considère que *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité du droit des personnes* (assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991).

Un principe d'ordre public est une règle impérative que l'on ne peut écarter parce qu'elle répond à des exigences fondamentales ou à des intérêts primordiaux : *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* (art. 6 CC).

La jurisprudence de Cour a été confirmée par la loi 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*, dite « de bioéthique », qui a inséré dans le Code civil un article 16-1 : *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*.

La cour d'appel de Paris a néanmoins autorisé, dans « l'intérêt supérieur des enfants », la transcription, dans les registres français de l'état civil, de l'acte de naissance américain de deux jumelles nées en Californie d'une « mère porteuse » (1re chambre, cour d'appel de Paris, 25 octobre 2007). La cour a estimé que la Cour Suprême de Californie avait, par son jugement du 14 juillet 2000, conféré aux demandeurs (les parents français des deux enfants) *la qualité de père et mère des enfants à naître portés par la gestatrice, depuis mars 2000, conformément à la loi de l'État de Californie qui autorise, sous contrôle judiciaire, la procédure de* gestation pour autrui (idem). Cet arrêt a été infirmé par la Cour de cassation (1re chambre civile, Cour de cassation, 17 décembre 2008). La Cour d'appel a donc dû réexaminer l'affaire, à la lumière des précisions apportées dans les attendus de son arrêt par la Cour de cassation. Elle a annulé la transcription, sur les registres du service central de l'état civil des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie), mais désigné tout de même les parents français en qualité de père et mère des enfants nées d'une « mère porteuse » (cour d'appel de Paris, 18 mars 2010) : c'est un jugement pour le moins étonnant, qui dit une chose et son contraire.

3. LES ÉLÉMENTS D'IDENTIFICATION DE L'INDIVIDU

Les personnes physiques sont caractérisées par des éléments qui les identifient et qui permettent de les individualiser : sexe, nom, domicile et nationalité, mais aussi prénom (qui individualise le sujet de droit au sein de sa famille) et situation au regard de l'institution du mariage.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le ou les prénom(s)

Les parents, depuis la loi du 8 janvier 1993, choisissent librement le ou les prénom(s) de leur enfant, avec l'orthographe de leur choix : il pouvait auparavant arriver que l'officier de l'état civil, ou l'officier de l'état civil délégué, impose une orthographe, ou refuse un prénom inconnu, étranger, absent du calendrier.

Si l'officier de l'état civil, ou l'officier de l'état civil délégué, estime, à tort ou à raison, que *ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom* soient contraires *à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille*. Il en *avise sans délai le procureur de la République*, qui peut, s'il l'estime nécessaire, saisir le juge aux affaires familiales (art. 57 CC).

Le JAF pourra valider les prénoms choisis, proposer aux parents d'en changer, ou, s'il le juge nécessaire, ordonner la suppression du ou des prénom(s) litigieux sur les registres de l'état civil. Il pourra même, en dernier recours, attribuer à l'enfant un nouveau prénom, qu'il choisira lui-même.

Le critère utilisé retenu par le juge est l'intérêt de l'enfant. Tokalie, par exemple, a été admis : la Cour a estimé qu'il s'agissait d'*un prénom d'une originalité indiscutable, tiré de la dénomination d'un monument religieux, mais qui est dépourvu de toute consonance ridicule, ou péjorative, ou complexe* (cour d'appel de Caen, 30 avril 1998). Idem pour Zébulon, *qui n'est pas d'apparence ridicule, péjorative ou grossière, qui n'est pas complexe, qui ne fait pas référence à un personnage déconsidéré de l'histoire ou de la littérature* (cour d'appel de Besançon, 18 novembre 1999). On a aussi entendu parler de la désormais célèbre Mégane Renault : son prénom a été accepté car il a été choisi par les parents *sans arrière-pensée, même si, associé au nom patronymique, il évoque inévitablement un modèle de voiture, alors que cet inconvénient est appelé à disparaître et qu'un changement entraînerait pour l'enfant un trouble certain* (cour d'appel de Rennes, 4 mai 2000).

On raconte volontiers que la justice a refusé Exocet, Tribord et Bâbord ou Starsky et Hutch pour des jumeaux, ou encore Périphérique Sud pour une petite fille née dans le 12e arrondissement de Paris, que le JAF aurait finalement transformé en... Périphérique ! Difficile de savoir si toutes ces « informations » sont réelles ou si elles relèvent de légendes urbaines : une interview filmée de la sage-femme qui a accouché la petite Périphérique et du secrétaire général de la mairie du 12e circule pourtant sur Internet (datée du 29 février 1992, elle porte le sigle de l'INA, l'institut national de l'audiovisuel), sans que l'on puisse établir avec certitudes s'il s'agit ou non d'un canular...

La femme qui demande que le secret de son identité soit préservé lors de son accouchement peut faire connaître les prénoms qu'elle souhaite voir attribuer à l'enfant (art. 57 CC). Si elle n'utilise pas ce droit (ce n'est pas une obligation), l'officier de l'état civil, ou l'officier de l'état civil délégué, choisit trois prénoms, qu'il inscrit immédiatement sur l'acte de naissance. Le dernier des trois prénoms tient lieu de nom de famille provisoire à l'enfant : les enfants nés sous X sont en principe très vite adoptés, et prennent alors le nom de leurs adoptants, qui pourront lui attribuer, s'ils le souhaitent, d'autres prénoms.

Le sexe

Le sexe est en général déterminé dès la naissance. Il est mentionné dans l'acte. L'arrêt du 25 mars 1992 de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a contraint la Cour de cassation à accepter la modification du sexe sur les actes de l'état civil, à condition que le requérant soit atteint du syndrome du transsexualisme, et ait subi une opération médico-chirurgicale.

Le domicile

Le domicile d'une personne est *le lieu où il a son principal établissement* (art. 102 CC), ce qui ne l'empêche pas d'avoir plusieurs résidences. Il est retenu pour les convocations en justice, le paiement des impôts, l'envoi des commandements de payer et des assignations. Il est aussi retenu pour l'inscription sur les listes électorales.

Le domicile est librement choisi, sauf pour le majeur en tutelle, *domicilié chez son tuteur* (art. 108-3 CC) et pour le mineur non-émancipé, *domicilié chez ses père et mère, ou chez celui des parents avec lequel il réside* (art. 108-2 CC). Les *majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison* (art. 109 CC). On les qualifie, en langage administratif, de domicile de dépendance, mais cette dénomination n'apparaît pas dans la loi. Le domicile peut être imposé à certains fonctionnaires (magistrats, préfets) à proximité de leur lieu d'activité (en préfecture, pour le préfet).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le mari et la femme peuvent avoir un domicile séparé *sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de la vie* (art. 108 CC), mais *la résidence séparée des époux, au cours de la procédure de divorce ou de séparation de corps, entraîne de plein droit domicile distinct* (art. 108-1 CC). L'abandon du domicile conjugal est un délit imaginaire : puisqu'il n'existe pas et n'a jamais existé en droit français, il est inutile de déposer une main courante, qui ne sert de toute manière à rien (faire quelque chose qui ne sert à rien pour lutter contre quelque chose qui n'existe pas est néanmoins cohérent).

Le domicile peut être élu : il s'agit alors d'un domicile fictif, utilisé dans le cadre d'une procédure (art. 111 CC). Il est par exemple possible d'élire domicile chez son notaire, son avocat ou, dans le cadre d'une plainte, d'un signalement rédigé dans le cadre professionnel, chez son employeur.

Le domicile de secours prévu par le Code de l'action sociale et des familles (CASF) *s'acquiert par une résidence habituelle de trois mois dans un département postérieurement à la majorité ou à l'émancipation* (art. L. 122-2 CASF). Il permet de déterminer que *les prestations légales d'aide sociale sont à la charge du département dans lequel les bénéficiaires ont leur domicile de secours* (art. L. 121-1 CASF).

Le domicile de secours se perd (art. L. 122-3 CASF) :

- par une absence ininterrompue de trois mois postérieurement à la majorité ou à l'émancipation, sauf si celle-ci est motivée par un séjour dans un établissement sanitaire ou social ou au domicile d'un particulier agréé ou dans un placement familial [...] ;
- par l'acquisition d'un autre domicile de secours.

Si le président du conseil général *estime que le demandeur a son domicile de secours dans un autre département* (art. 122-4 CASF), il doit, *dans le délai d'un mois après le dépôt de la demande, transmettre le dossier au président du conseil général du département concerné*, qui doit, dans le mois qui suit, se prononcer sur sa compétence. S'il n'admet pas sa compétence, il transmet le dossier à la commission centrale d'aide sociale qui a pour mission d'examiner l'appel des décisions des commissions départementales d'aide sociale (art. L. 134-2 CASF).

La nationalité

La nationalité est le lien juridique et politique qui rattache une personne physique, un individu, à un État souverain (la Principauté de l'Arbézie, située dans le Jura, n'est par exemple pas un État souverain). La nationalité confère des droits (le droit de voter, d'être candidat, d'accéder à des fonctions publiques, selon les lois en vigueur dans l'État en question), elle confère aussi des devoirs et des obligations (paiement de l'impôt, service militaire, etc.). La nationalité est déterminée par les lois de chaque État, qui fixe les règles d'attribution. On compte 193 États souverains sur la planète (53 en Afrique, 35 en Amérique, 47 en Asie, 44 en Europe et 14 en Océanie), dont 192 sont membres de l'ONU (le Vatican n'est pas membre de l'ONU). On peut ajouter un certain nombre de territoires dont la souveraineté est contestée, comme la Palestine (reconnue par seulement 96 États), le Kosovo (65 États), Taïwan, le Tibet, la République arabe sahraouie démocratique ou la république turque de Chypre du Nord. Il existe aussi quelques micro-nations (ou cryptarchies), dont certaines ont de véritables prétentions à l'indépendance (la Principauté de Seborga, fondée en 1963 en Italie par un fleuriste, ou Sealand, installée depuis 1967 sur une plate-forme militaire au large du Royaume-Uni, à hauteur d'Harwich, dans l'Essex), tandis que d'autres jouent un rôle plutôt folklorique (la République libre du Saugeais, enclavée dans le Doubs).

La possession d'une ou de plusieurs autres nationalités (la « double nationalité ») n'a plus d'incidence sur la nationalité française depuis que la France a dénoncé, le 5 mars 2009, le chapitre I de la Convention du Conseil de l'Europe du 6 mai 1963 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités. Il prévoyait que *les ressortissants majeurs des parties contractantes qui acquièrent à la suite d'une manifestation expresse de volonté, par naturalisation, option ou réintégration, la nationalité d'une autre partie, perdent leur nationalité antérieure* [...], *ils ne peuvent être autorisés à la conserver* (art. 1). Idem pour les ressortissants mineurs des parties contractantes : ils ne pouvaient *être autorisés à conserver leur nationalité antérieure*. Les parties contractantes étaient alors l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni (il était donc possible d'être à la fois Portugais et Français, si la loi portugaise l'autorise). En conséquence, depuis le 5 mars 2009, l'acquisition volontaire de la nationalité d'un des États parties à cette

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

convention par un Français n'entraîne plus de plein droit la perte de sa nationalité française, et ceux qui ont perdu la nationalité française sur le fondement de cette convention vont être autorisés à réintégrer la nationalité française.

La Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997, entrée en vigueur le 1er mars 2000, prévoit pour sa part qu'*un État partie ne doit pas faire de la renonciation ou de la perte d'une autre nationalité une condition pour l'acquisition ou le maintien de sa nationalité lorsque cette renonciation ou cette perte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée* (art. 16), autorisant *de facto* la double nationalité des ressortissants européens.

Le Code de la nationalité française a été abrogé par la loi 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité, qui a intégré le droit de la nationalité dans le Code civil.

La nationalité française s'acquiert :

- par la filiation (*jus sanguinis*, de *jus*, droit, et *sanguinis*, du sang) ;
- par la naissance en France de parents nés en France (*jus soli*, le droit du sol) ;
- de plein droit (par exemple, naissance de parents non Français et résidence en France) ;
- par déclaration (par exemple, en cas de mariage avec un conjoint français) ;
- par décret de naturalisation.

La preuve matérielle de la nationalité française est constituée par le certificat de nationalité française délivré par le greffier-en-chef du tribunal d'instance (art. R. 221-52 COJ). Pour faciliter la preuve de la nationalité française, la loi du 16 mars 1998 entrée en vigueur le 1er septembre 1998, prévoit la mention en marge de l'acte de naissance de l'intéressé de la première délivrance d'un certificat de nationalité française : il sera donc plus simple à obtenir la deuxième fois...

Est français par filiation (droit du sang) :

- l'enfant dont l'un des parents au moins est français au moment de sa naissance, si la filiation est établie durant la minorité de l'enfant (art. 18 CC) ;
- l'enfant adopté en adoption plénière.

L'enfant mineur qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française pourra, jusqu'à sa majorité, déclarer qu'il réclame la nationalité française, à condition de résider en France au moment où il effectuera cette déclaration (l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité française qui n'a pas sa résidence habituelle en France). En effet, *l'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de l'adopté* (art. 21 CC).

Est français par la double naissance en France (droit du sol) :

- l'enfant né en France lorsque l'un de ses parents au moins y est lui-même né (art. 19-3 CC) ;
- l'enfant né en France de parents inconnus (art. 19 CC) ou apatrides (art. 19-1 CC), ou de parents étrangers qui ne lui transmettent pas leur nationalité (idem) ;
- l'enfant né en France avant le 1er janvier 1994, d'un parent né sur un ancien territoire français d'outre-mer avant son accession à l'indépendance ;
- l'enfant né en France après le 1er janvier 1963, d'un parent né en Algérie avant le 3 juillet 1962.

Devient français de plein droit l'enfant né en France de parents étrangers si, à sa majorité, il a en France sa résidence, et s'il a eu en France sa résidence habituelle pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans depuis l'âge de onze ans (art. 21-7 CC). Il pourra la refuser dans les six mois qui précèdent sa majorité ou dans les douze mois qui la suivent, ou l'acquérir par déclaration anticipée à partir de seize ans (art.17-3 CC), sous certaines conditions (l'avis de ses parents n'est alors pas requis). Il pourra également la demander à partir de treize ans : son consentement personnel est alors indispensable (art. 21-11 CC).

La nationalité française peut être réclamée par l'enfant qui, depuis au moins cinq ans, a été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou, qui depuis au moins trois ans, a été confié au service de l'aide sociale à l'enfance (ASE). Il en est de même pour l'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq ans au moins, une formation française, par un organisme public ou par un organisme privé (association, œuvre...).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Il sera délivré à l'enfant né en France de parents étrangers titulaires d'un titre de séjour, à sa demande ou à celle de ses représentants légaux, par la préfecture de son lieu de résidence habituelle, un titre d'identité républicain (loi du 16 mars 1998).

Devient français par déclaration celui ou celle qui épouse un(e) Français(e), sous certaines conditions (loi du 26 juillet 2006, art. 21-2 CC) :

- le mariage doit être valide et non dissous ;
- l'acte du mariage célébré à l'étranger doit obligatoirement avoir fait l'objet d'une transcription sur les registres de l'état civil français ;
- le déclarant doit être étranger ou apatride au moment du mariage et de la déclaration ;
- le conjoint du déclarant doit être français à la date du mariage et avoir conservé cette nationalité sans interruption entre la date du mariage et la date de la déclaration.

Le délai est de quatre ans à compter de la date du mariage, à condition que la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage. Il est de cinq ans si le postulant n'a pas résidé en France de manière ininterrompue et régulière pendant trois ans à compter du mariage ou si le conjoint français n'a pas été inscrit sur le Registre des Français établis hors de France pendant la communauté de vie à l'étranger. Le déclarant doit justifier *de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française* (art. 21-24 CC).

Le Gouvernement peut s'opposer à l'acquisition de la nationalité française pour indignité ou défaut d'assimilation à la communauté française (assimilation autre que linguistique...). Le PACS n'est pas concerné par ces dispositions : il est sans incidence sur la nationalité.

Les demandes d'acquisition de la nationalité française par déclaration doivent être présentées au tribunal d'instance territorialement compétent.

Devient français par naturalisation :

- l'étranger justifiant d'une résidence habituelle en France pendant les cinq ans qui précèdent le dépôt de sa demande, sauf cas de réduction ou de suppression de ce stage de cinq ans prévus par le Code civil ;

- l'enfant mineur, dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, sous réserve que son nom soit mentionné dans le décret de naturalisation ou dans la déclaration de nationalité (c'est l'effet collectif de l'acquisition de la nationalité française).

Nul ne peut être naturalisé s'il n'a en France sa résidence au moment de la signature par le président de la République du décret de naturalisation : il doit s'agir d'une résidence fixe présentant un caractère stable et permanent, qui doit coïncider avec le centre des intérêts matériels (travail, ressources) et des liens familiaux. Les personnes qui résident à l'étranger peuvent, à titre exceptionnel, bénéficier d'une assimilation à une résidence en France lorsque, notamment, elles exercent une activité professionnelle publique ou privée pour le compte de l'État français ou d'un organisme dont l'activité présente un intérêt particulier pour l'économie ou la culture française. Les demandes de naturalisation des personnes qui résident en France relèvent de la compétence, pour la constitution du dossier, de la préfecture de leur lieu de résidence, du ministère chargé des naturalisations pour la décision.

La nationalité française se perd :

- par déclaration volontaire (répudiation) ;
- par décret (libération des liens d'allégeance) ;
- par un non-usage prolongé (désuétude) ;
- par déchéance (art. 25 CC).

Les députés ont adopté le 12 octobre 2010 le projet de loi sur l'immigration, défendu par Éric Besson, ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire, qui étend la déchéance de la nationalité aux Français, naturalisés depuis moins de dix ans, qui seront condamnés pour le meurtre d'agents dépositaires de l'autorité publique. L'article 25 du Code civil (*l'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'État, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride*), sera complété par un 5^{e}, si le texte est définitivement adopté : *s'il a été condamné pour un acte qualifié de crime prévu et réprimé par le 4° des articles 221-4 et 222-8 du Code pénal.* Le projet de loi a été transmis au Sénat le même jour : la Commission des lois a nommé le 13 octobre, pour l'étudier avant de le présenter dans l'hémicycle, un rapporteur.

Il est alors parfois possible de se voir réintégrer dans la nationalité française.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Ceux qui ont perdu la nationalité française en raison de leur mariage avec un étranger, ou de l'acquisition d'une nationalité étrangère, peuvent être sous certaines conditions réintégrées par déclaration souscrite devant le juge d'instance ou devant le consul de France territorialement compétent : ils doivent néanmoins avoir conservé ou acquis avec la France des liens manifestes, d'ordre culturel, professionnel, économique ou familial.

Le droit d'entrée et de séjour des étrangers en France, le droit de la nationalité, étant particulièrement compliqués, subtils, politiques et évolutifs, le professionnel n'hésitera pas à se rapprocher du GISTI, groupe d'information et de soutien des immigrés (www.gisti.org), qui tient des permanences juridiques gratuites, organise des formations, édite des livres et une revue (*Plein Droit*) à laquelle le professionnel confronté à ces questions s'abonnera...

4. LE NOM DE FAMILLE

L'enfant portait jadis le nom de son père, son nom patronymique (du grec *patêr*, *patros*, le père, la patrie étant la terre des pères). Nulle loi ne l'y obligeait : c'était une coutume. La loi du 4 mars 2002, applicable au 1er janvier 2005, a fait disparaître le nom patronymique : elle l'a remplacé par le nom de famille.

La loi 2002-304 du 4 mars 2002, qu'il ne faut pas confondre avec la loi 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*, a été complétée par la loi 2003-516 du 18 juin 2003, qui a reporté son entrée en vigueur, initialement prévue au 1er septembre 2003, et par le décret 2004-1159 du 29 octobre 2004 *portant application de la loi 2002-304 du 4 mars 2002 modifiée*.

Le nom de jeune fille

Le nom de jeune fille n'a jamais existé : c'est le nom de famille de la femme, qu'elle porte toute sa vie, même si elle décide, c'est encore une coutume, d'user du nom de son mari, qui devient son nom d'usage (mari qui peut également user du nom de son épouse...). User du nom

de son époux ou de son épouse, que l'on soit marié, divorcé ou veuf, a été organisé par la circulaire du 26 juin 1986.

Le nom d'usage

Il est légal d'utiliser, dans la vie quotidienne, pour tous les actes de la vie privée, familiale, sociale ou professionnelle, son nom d'usage, c'est-à-dire *le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien* (art. 43 de la loi 85-1372 du 23 décembre 1985) : à l'égard des enfants mineurs, *cette faculté est mise un œuvre par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale* (idem). Il suffit d'en faire la demande. Le nom d'usage sera utilisé par l'administration dans tous ses courriers, mais il ne sera pas mentionné à l'état civil (acte de naissance, de mariage, livret de famille...). Il est même possible de faire figurer ce nom d'usage, à la suite du nom de famille, sur vos documents d'identité (voir la circulaire du 26 juin 1986).

Les caractères du nom

On reconnaît au nom quatre caractères :

- imprescriptible (sa durée de vie n'est pas limitée),
- indisponible (on ne peut pas le prendre),
- incessible (on ne peut pas le vendre, le donner, le céder, le louer),
- immuable (son orthographe ne change jamais).

On ne peut donc pas changer de nom, en dehors des cas prévus par la loi : on peut par contre porter un nom d'usage, ou un pseudonyme.

Le surnom et le pseudonyme

Le surnom et le pseudonyme sont des accessoires du nom sans caractère officiel. Ils ne sont pas transmissibles (mais rien n'empêche le fils, la fille, de choisir le même pseudonyme que leur père ou mère). Les particules font partie intégrale du nom. Les titres de noblesse n'ont plus aucune

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

valeur légale, ceux qui en possèdent sont toutefois toujours autorisés à les porter.

Le nom de famille : acquisition

Depuis la loi 2002-304 du 4 mars 2002, applicable au 1er janvier 2005, *lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance, ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu* (art. 311-21 CC).

Mariés ou non, les parents ont désormais le choix de donner à leur enfant le nom de son père, le nom de sa mère, ou le nom des deux noms accolés *dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux* (art. 311-21 CC).

Les père et mère qui portent un nom composé ne peuvent en transmettre qu'un, et tous les enfants de la fratrie doivent porter le même nom. En l'absence de choix de leur part, l'enfant *prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre* (idem). Néanmoins, *lors de l'établissement du second lien de filiation puis durant la minorité de l'enfant, les parents peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil* (art. 311-23 CC), attribuer à l'enfant le nom de l'autre parent, ou accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, *dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux*. Le changement est mentionné en marge de l'acte de naissance.

Une circulaire du 6 décembre 2004 a imposé un double trait d'union aux noms de famille relevant de cette loi, c'est-à-dire à moins de 5 % des familles, puisque la grande majorité des parents continue de ne transmettre que le nom du père. L'idée était de différencier les noms réellement composés, transmissibles, et ces nouveaux noms, dont un seul, au choix sera transmissible. Le Conseil d'État a enjoint, le 4 décembre 2009, *au Premier ministre de retirer ou, à défaut, d'abroger cette circulaire*. Une nouvelle circulaire de la Chancellerie va donc rapidement mettre fin à ce double tiret.

En cas d'adoption plénière, l'enfant prend le nom de ses adoptants, qui bénéficient de la triple option offerte par la loi de 2002 : un nouvel acte

de naissance est même rédigé. En cas d'adoption simple, le nom de l'adoptant s'accole au nom de famille de l'adopté, mais le tribunal de grande instance peut décider, en prononçant l'adoption, que l'enfant ne portera que le nom de ses adoptants. Nous verrons en effet qu'il existe en droit français deux types d'adoption : l'adoption plénière (l'enfant devient pleinement l'enfant des adoptants) et l'adoption simple, qui laisse subsister un lien avec la famille d'origine.

L'officier de l'état civil, ou l'officier de l'état civil délégué, choisit trois prénoms à l'enfant né sous X dont la mère n'a pas fait connaître les prénoms qu'elle souhaitait lui voir attribuer : le dernier des trois prénoms lui tiendra lieu de nom de famille. La personne âgée de plus d'un an qui n'est plus en mesure de retrouver son vrai nom (guerre, amnésie), se voit doté d'un nom par le tribunal de grande instance.

Le nom de famille : on peut en changer

Le nom est immuable : il est toutefois possible d'en changer, lorsque l'on a un intérêt légitime à le faire, par exemple en cas de nom difficile à porter, en raison de sa consonance ridicule ou péjorative, ou si le changement de nom a *pour objet d'éviter l'extinction du nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré* (art. 61 CC).

La demande doit être présentée au Garde des Sceaux, ministre de la justice, ou au procureur de la République du tribunal de grande instance du domicile. Le nom pressenti doit être au préalable publié au Journal Officiel, et dans un journal d'annonces légales. Le Garde des Sceaux a la possibilité de demander l'avis du Conseil d'État, qui examinera, par la suite, les éventuels litiges. Chaque citoyen a la faculté de s'opposer, par simple lettre, au changement envisagé. Le changement de nom est officialisé par décret signé du président de la République.

Le changement de nom s'étend aux enfants du bénéficiaire lorsqu'ils ont moins de 13 ans : le consentement personnel des enfants de plus de 13 ans est nécessaire. La mère des enfants qui exerce conjointement l'autorité parentale doit donner son accord pour le changement de nom des enfants mineurs : à défaut d'accord, l'autorisation du juge des tutelles est nécessaire.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le nom de famille : on peut le relever

Le relèvement de nom des citoyens morts pour la France a été institué par la loi du 22 juillet 1923. Il permet à un descendant jusqu'au sixième degré de demander l'adjonction, à son propre nom, du nom du dernier représentant mâle d'une famille, s'il n'a laissé aucune descendance. Ce relèvement est de droit : il ne dépend pas de l'appréciation discrétionnaire du Garde des Sceaux, mais il n'est possible que dans le cas d'un défunt de sexe masculin.

Le nom de famille : on peut le franciser

La francisation du nom a pour objet de faciliter l'intégration dans la communauté française des étrangers qui deviennent français, par acquisition ou réintégration. Cette procédure permet la traduction en langue française du nom d'origine, sa modification, ou encore la reprise d'un nom porté par un ascendant français. La demande doit être présentée dans un délai d'un an à compter de l'acquisition ou de la réintégration. Elle est accordée par un décret auquel chacun peut s'opposer, dans un délai de deux mois à compter de la publication du décret au Journal Officiel.

Chapitre 5

La filiation

PLAN DU CHAPITRE

1. La filiation : bref historique **107**

2. La filiation : avant le 1er juillet 2006 **108**

La filiation légitime 108

La filiation naturelle 109

La filiation adoptive 109

3. La filiation : depuis le 1er juillet 2006 **110**

La filiation par l'effet de la loi 110

La filiation par démarche volontaire 114

La filiation par possession d'état 115

La filiation par la justice 116

La filiation est le lien juridique qui relie l'enfant à ses parents. Elle est divisible. La filiation paternelle le relie à son père. La filiation maternelle le relie à sa mère. Les règles de la filiation conditionnent l'acquisition de l'autorité parentale et de son exercice.

Il existe, depuis la réforme du 4 juillet 2005 applicable au 1er juillet 2006, qui a fait disparaître les termes de filiation légitime et naturelle, trois modes d'établissement de la filiation :

- la filiation par l'effet de la loi ;
- la filiation par démarche volontaire ;
- la filiation par la justice.

Il existait avant cette réforme quatre filiations différentes (voir page 106).

La réforme de la filiation n'a pas modifié le calcul de la période légale de conception. La loi présume toujours que *l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance* (art. 311 CC), *la conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant, la preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions* (idem).

1. LA FILIATION : BREF HISTORIQUE

La loi a longtemps favorisé la filiation légitime. Le Code civil de 1804 créait même une très forte inégalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels (droits successoraux inférieurs, héritiers non réservataires qui peuvent être déshérités, etc.). Cette inégalité s'est réduite au fil des ans, jusqu'à parvenir à une égalité totale, ce qui paraît logique : en 2009, plus de la moitié des naissances a eu lieu hors mariage (53 %, contre 52,5 % en 2008 et 37 % en 1994, source INSEE) !

Portalis, un des rédacteurs du Code civil, définissait les enfants naturels comme *des êtres mystérieux qui ne peuvent dissimuler le vice de leur origine et qui viennent pour des réclamations artificieuses troubler la tranquillité des familles*. On peut en déduire que Portalis n'aimait pas les enfants naturels.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le 16 novembre 1912, arrive la recherche en paternité naturelle : il n'y avait auparavant aucun moyen légal de forcer un père à reconnaître un enfant né hors mariage. La loi du 3 janvier 1972 établit l'égalité entre l'enfant naturel et l'enfant légitime : l'enfant naturel a les mêmes droits et devoirs dans ses rapports avec son père et sa mère, mais l'enfant adultérin (appelé jadis le bâtard), ne bénéficie, jusqu'au 3 décembre 2001, que de la moitié de l'héritage de l'enfant légitime. La loi du 3 janvier 1972 crée également l'action à fins de subsides (voir le chapitre consacré aux obligations alimentaires).

La loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* affirme sans ambiguïté que *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère* (art. 310 CC), *ils entrent dans la famille de chacun d'eux.*

2. LA FILIATION : AVANT LE 1ER JUILLET 2006

Il existait, avant la réforme du 4 juillet 2005 applicable au 1er juillet 2006, quatre filiations différentes :

- la filiation légitime (enfant né ou conçu pendant le mariage de ses parents entre eux) ;
- la filiation naturelle (enfant né de parents non mariés entre eux) ;
- la filiation adoptive (créée artificiellement par jugement) ;
- la filiation par procréation médicalement assistée (depuis 1994).

La filiation légitime

L'enfant légitime était l'enfant né ou conçu pendant le mariage de ses parents entre eux. Un enfant naturel, né en dehors du mariage de ses parents entre eux, pouvait être légitimé par leur mariage : un homme pouvait légitimer un enfant (dont il était ou non le père biologique), en épousant sa mère, à condition que cet enfant n'ait aucune filiation paternelle établie.

L'enfant légitime bénéficiait de la présomption de paternité, qui prévoit que *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* (art. 312 CC). Il n'avait pas besoin d'être reconnu, ni par sa mère, ni par

son père : il suffisait de déclarer sa naissance à l'officier de l'état civil du lieu de naissance pour que s'applique la présomption de paternité, à condition que le nom de sa mère, et sa condition de femme mariée, apparaissent dans l'acte.

La filiation naturelle

L'enfant naturel était l'enfant né de deux personnes non mariées entre elles. La filiation naturelle « simple » concernait les enfants nés de parents célibataires (ou concubins, pacsés). La filiation naturelle « adultérine » concernait les enfants nés d'un adultère (dont un au moins des deux parents était marié par ailleurs).

La filiation naturelle devait s'établir par la reconnaissance volontaire du père et de la mère, ensemble ou séparément, avant ou après la naissance (dès la conception et sans délais).

L'expression « reconnaître son enfant » est litigieuse : il s'agissait plutôt de reconnaître que l'on était la mère ou le père de cet enfant.

La reconnaissance était l'acte fondateur de la famille naturelle : la famille se crée par le mariage ou par la filiation, selon une ancienne définition du Code de la famille et de l'action sociale (créé par le décret 56-149 du 24 janvier 1956, le CFAS a été transformé en CASF par l'ordonnance 2000-1249 du 21 décembre 2000).

La filiation adoptive

La filiation adoptive est une filiation artificielle, créée par un jugement du tribunal de grande instance reporté en marge de l'acte de naissance de l'adopté (pour adoption simple) ou retranscrit dans le registre des naissances (pour l'adoption plénière). La réforme du 4 juillet 2005 n'a pas modifié la filiation adoptive (voir le chapitre consacré à l'adoption), bien qu'elle en ait supprimé le nom.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

3. LA FILIATION : DEPUIS LE 1ER JUILLET 2006

La réforme du 4 juillet 2005 simplifie le droit et les procédures en divisant par deux, dans le Code civil, les articles consacrés à la filiation. Elle modifie la numérotation des articles survivants. Elle supprime la filiation légitime, la filiation naturelle et la légitimation. Elle ne laisse subsister que trois filiations : par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété (art. 310-1 CC), ou par la justice (l'adoption par exemple).

La filiation par l'effet de la loi

La filiation par l'effet de la loi ne modifie pas grand-chose à la filiation légitime, mais elle simplifie considérablement l'établissement et le contentieux de la filiation naturelle.

La filiation maternelle

La mère non mariée devait, jusqu'au 1er juillet 2006, reconnaître qu'elle était la mère de son enfant, au même titre que le père : cette démarche volontaire pouvait s'effectuer en mairie dès la conception de l'enfant (dans n'importe quelle mairie de France), ou après sa naissance, sans aucune limite d'âge.

La reconnaissance conditionnait, avant la réforme, l'acquisition par la mère de l'exercice de l'autorité parentale : la déclaration de naissance lui donnait l'autorité parentale, la reconnaissance lui en donnait l'exercice, à condition qu'elle reconnaisse l'enfant avant ses un an (voir le chapitre consacré à l'autorité parentale et à son exercice). Si elle reconnaissait être la mère de l'enfant après son premier anniversaire, elle devait saisir le JAF après l'avoir reconnu, pour qu'il lui en attribue, ou non, l'exercice. Cette reconnaissance volontaire fondait la famille naturelle, comme le mariage créait la famille légitime. La démarche était souvent négligée : la mère la confondait avec la déclaration de naissance. Elle ne voyait pas l'utilité de reconnaître un enfant dont elle avait accouché.

Désormais, *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* (art. 311-25

CC), c'est-à-dire par la simple déclaration de naissance : la femme qui accouche est la mère, la simple indication de son nom dans l'acte de naissance lui attribue donc l'autorité parentale et son exercice.

L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant reste facultative, puisque l'accouchement anonyme n'est pas remis en cause. La reconnaissance ou l'absence de reconnaissance par la mère non mariée peut néanmoins conditionner le choix du nom de famille de l'enfant (revoir si nécessaire le paragraphe consacré à l'acquisition du nom de famille).

La filiation paternelle : quand papa est marié avec maman

La présomption de paternité prévoit que *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* (art. 312 CC). Cette disposition reste un des effets fondamentaux du mariage : elle existait déjà avant la réforme, elle est maintenue. Si maman est mariée, son mari est donc considéré jusqu'à preuve du contraire comme le père de l'enfant.

L'article 312 du Code civil précise que *sont réputés nés pendant le mariage les enfants nés pendant la durée légale de conception, c'est-à-dire les enfants nés à partir du 180e jour suivant la célébration du mariage et jusqu'au 300e jour suivant sa dissolution*. La présomption de paternité s'applique aux enfants nés dans les 179 premiers jours du mariage (art. 314 CC) même s'ils ont été conçus avant : c'est l'intérêt supposé de l'enfant qui guide cette règle, la loi estime qu'il est plus intéressant pour l'enfant de naître « légitime ».

Le délai de viduité imposait jadis à la femme d'attendre *trois cents jours révolus* pour se remarier après la dissolution d'un précédent mariage (ancien art. 228 CC). Il fallait que la femme soit « vide » pour se remarier : il faut avouer que le droit civil est rarement très romantique lorsqu'il évoque les femmes. Le délai de viduité a été abrogé par la loi du 26 mai 2004, applicable au 1er janvier 2005, qui a réformé le divorce.

La déclaration de naissance qui comporte le nom de l'épouse indique normalement celui de son mari : dans le cas contraire, une simple action en rectification matérielle suffira pour que cet oubli soit réparé.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Une femme mariée peut déclarer la naissance de son enfant sans préciser qu'elle est mariée : la présomption de paternité *est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard* (art. 314 CC).

Le mari se retrouve alors, s'il pense être le père de l'enfant ou s'il accepte de le devenir, dans la situation d'un père non marié.

La présomption de paternité est *rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard de chacun des époux et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers* (art. 313 CC). La présomption de paternité peut également être réclamée en justice par chacun des époux, pendant la minorité de l'enfant, ou par l'enfant lui-même pendant les dix années qui suivront sa majorité (art. 329 CC) : *lorsque la présomption de paternité est écartée* [...], *ses effets peuvent être rétablis en justice dans les conditions prévues à l'article 329* (art. 315 CC). Le droit permet tout et le contraire de tout, il s'adapte aux situations les plus complexes et les moins habituelles.

La présomption de paternité est également écartée (art. 313 CC), en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né :

- plus de 300 jours après la date, soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2 du Code civil, soit de l'ordonnance de non-conciliation ;
- et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation.

Le mari qui entendait contester sa paternité pouvait, avant la réforme, effectuer un désaveu de l'enfant né avant le 180^{e} jour du mariage (anciens art. 312, 314 et 316 CC) : cette possibilité a été supprimée au profit de l'action unique en contestation de paternité (voir en fin de chapitre le paragraphe consacré aux actions de contestation de paternité).

La filiation paternelle : quand papa n'est pas marié avec maman

Le père non marié doit toujours, dans les mêmes délais que la mère, reconnaître qu'il est le père de son enfant pour établir la filiation : lorsque la filiation n'est pas établie par l'acte de naissance, *elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance* (art. 316 CC).

L'acte de reconnaissance est rédigé par l'officier de l'état civil, l'officier de l'état civil délégué ou tout autre officier public (notaire, greffier). Il *énonce les prénoms, nom, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile de l'auteur de la reconnaissance* [...], *il indique les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance* (art. 62 CC).

Aucun lien officiel ne rattache le père à la mère, et la simple déclaration de celle-ci n'est évidemment pas recevable : elle peut déclarer n'importe quel père, Florent Pagny si elle n'a pas d'oreille, Pascal Obispo si elle n'a pas peur du ridicule (ce ne sont que des exemples). Rappelons que la cour d'appel de Paris a dû ordonner l'exhumation d'Yves Montand, le 6 novembre 1997, pour qu'un test de paternité, qui s'est révélé négatif, soit effectué, parce qu'une femme prétendait qu'il était le père naturel de sa fille Aurore.

Le père peut reconnaître avant la naissance de son enfant qu'il en est le père. Il doit se présenter dans n'importe quelle mairie ou dans n'importe quel consulat (de France à l'étranger), muni d'une pièce d'identité. Il ne lui sera demandé aucune preuve. L'acte de reconnaissance est rédigé immédiatement par l'officier de l'état civil ou par l'officier de l'état civil délégué. Il est signé par le parent concerné (par les deux en cas de reconnaissance conjointe). L'officier d'état civil lui remet une copie de cet acte, qu'il devra présenter lors de la déclaration de naissance pour que sa reconnaissance apparaisse dans l'acte de naissance de l'enfant. Si l'acte est produit par la suite, la reconnaissance sera mentionnée en marge de l'acte de naissance.

Le père peut reconnaître qu'il est le père de son enfant à l'occasion de la déclaration de naissance, à la mairie du lieu de naissance. La reconnaissance apparaît alors dans l'acte de naissance de l'enfant.

Le père peut reconnaître après la naissance de son enfant qu'il en est le père. Il doit se présenter dans n'importe quelle mairie ou dans n'importe

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

quel consulat (de France à l'étranger), muni d'une pièce d'identité et, s'il le possède, d'une copie de l'acte de naissance de l'enfant ou du livret de famille. La mairie de naissance sera informée, ainsi que la mère. La reconnaissance sera mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant et le livret de famille sera complété. Il ne pourra, au père, être demandé aucune autre preuve.

Le père peut reconnaître qu'il est le père d'un enfant « né sous X ». Il peut le reconnaître avant la naissance ou dans un délai de 2 mois suivant la naissance. Il peut, s'il ignore la date et le lieu de naissance de l'enfant, saisir le procureur de la République qui les recherchera, et fera, s'il le peut, le lien entre l'acte de naissance et l'acte de reconnaissance.

La légitimation permettait, avant la réforme précitée, de transformer, par le mariage de ses parents entre eux, un enfant naturel en enfant légitime. L'enfant, qui n'avait comme parent qu'un seul des deux époux, entrait dans le nouveau couple et devenait officiellement l'enfant des deux, à égalité avec ses éventuels frères et sœurs légitimes. La réforme a simplifié la procédure : celui des deux conjoints qui veut devenir le père ou la mère de l'enfant de l'autre n'aura qu'à le reconnaître avant le mariage (si l'enfant n'a pas auparavant été reconnu par son géniteur du même sexe).

La filiation par démarche volontaire

La filiation par démarche volontaire s'effectue par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état.

La reconnaissance volontaire, nous l'avons vu, *est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique* (art. 316 CC). C'est un acte authentique : la reconnaissance sous seing privé (reconnaître son enfant dans une simple lettre) n'a aucune valeur, mais pourra être produite en justice dans le cadre d'une recherche en paternité ou maternité (voir le paragraphe consacré à la recherche en paternité ou maternité naturelles).

Un parent mineur peut librement reconnaître son enfant, un majeur sous tutelle également, s'il agit *dans un intervalle lucide* (ces deux précisions sont issues de la jurisprudence), puisque l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation (art. 458 CC).

La filiation par possession d'état

La possession d'état est le cauchemar des étudiants en droit. On la définit comme l'ensemble des éléments qui permet à quelqu'un de revendiquer un état qu'il possède de fait, mais qu'il ne possède pas de droit (il n'en a pas le titre) : en droit immobilier, c'est la différence entre le propriétaire (qui a un titre de propriété), et le possesseur (qui n'en a pas, mais qui possède et utilise le bien comme s'il en était le propriétaire). On peut donc posséder un bien sans en être propriétaire : le droit, avouez-le, réserve tout de même bien des surprises !

La possession d'état est ici la réunion des éléments (que le Code civil appelle *une réunion suffisante de faits*) *qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir* (art. 311-1 CC). On regroupe traditionnellement – le cauchemar continue – ces faits sous les termes de *nomen* (le nom), *tractatus* (le comportement) et *fama* (l'image sociale, la réputation : c'est d'ailleurs l'origine du mot *famille*).

Les principaux de ces faits sont :

- que cette personne ait été traitée par celui (ou ceux) dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les ait traités comme son ou ses parents ;
- qu'ils aient pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;
- que, dans la société et par la famille, cette personne soit reconnue comme leur enfant (que ce soit « de notoriété publique ») ;
- que celui (ou ceux) dont on la dit issue soit considéré comme tel par l'autorité publique ;
- que cette personne porte le nom de celui, ou ceux, dont on la dit issue.

La possession d'état doit être *continue, paisible, publique et non équivoque* (art. 311-2 CC). Elle *peut être constatée à la demande de toute personne qui y a intérêt* (art. 330 CC) dans un délai de *dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté* (art. 321 CC) : *à l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité* (idem).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

La possession d'état est prouvée par un acte de notoriété délivré par *le juge du tribunal d'instance* (art. 317 CC). Il peut être demandé par *chacun des parents ou l'enfant* (idem) *dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu* (idem). Il fera foi jusqu'à preuve contraire. La filiation sera mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. L'acte de notoriété ne peut être demandé que dans un délai de cinq ans à compter de la fin de cette possession (le départ du père, ou son décès). Il était auparavant délivré sur la foi de trois témoignages. Le délai de prescription était trentenaire, comme pour les biens immobiliers.

La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété *peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte* (art. 335 CC).

La filiation par la justice

La filiation déjà établie légalement empêche qu'une autre filiation soit établie (art. 320 CC). Il est néanmoins possible, devant le tribunal de grande instance :

- de demander l'établissement d'un lien de filiation ;
- de rechercher un lien de filiation maternelle ou paternelle ;
- de contester un lien de filiation déjà établi.

L'établissement d'un lien de filiation

La justice peut, par création, substitution ou adjonction, établir un lien de filiation :

- le rétablissement judiciaire de la présomption de paternité et l'action en constatation de possession d'état, créent un lien de filiation ;
- l'adoption plénière établit un lien substitutif (qui se substitue au précédent) ;
- l'adoption simple établit un lien additif (qui se superpose au précédent).

La présomption de paternité peut être rétablie par un jugement du tribunal de grande instance. Si elle a été écartée (par exemple parce que l'enfant était né plus de 300 jours après le divorce de ses parents), les époux peuvent, durant la minorité de l'enfant, demander son rétablissement : il leur suffit de prouver que le mari est le père (art. 329 CC). L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité.

L'action peut également être exercée *par les héritiers d'une personne décédée avant l'expiration du délai* qui lui était imparti pour agir (art. 322 CC). Les héritiers peuvent aussi *poursuivre l'action déjà engagée, s'il n'y a pas eu désistement ou péremption d'instance* (idem).

La recherche en maternité ou en paternité naturelles

La recherche, en maternité ou en paternité, permet la création d'un lien de filiation entre un enfant, même devenu majeur, et un parent qui n'a pas souhaité effectuer de reconnaissance volontaire. L'utilisation des tests ADN a considérablement allégé ces procédures : elle n'est possible, en matière civile, *qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides* (art. 16-11 CC). Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli (idem) : celui qui refuse le test, ou ne l'effectue pas, s'expose à ce que la filiation juridique soit établie (ou non) sur la base des seuls éléments en possession du juge (son refus pourra alors être et est souvent considéré comme un aveu). L'identification par empreintes génétiques ne peut plus, depuis le 1er août 1994, être réalisée après le décès (loi 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*), Yves Montand n'a pourtant pas bénéficié de ces dispositions.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

La recherche en maternité naturelle est désormais admise si la mère a demandé le secret de son accouchement (art. 325 CC, depuis le 16 janvier 2009). La recherche en maternité est ouverte à l'enfant dans les dix ans qui suivent sa majorité (art. 321 CC). Il lui appartient de *prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché* (art. 325 CC). Le parent, *même mineur* (art. 328 CC), a, *pendant la minorité de*

l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de maternité (idem).

La recherche en paternité, dont le délai a également été porté à dix ans par la réforme du 4 juillet 2005 (il était auparavant de deux ans), est, de la même manière, réservée à l'enfant (art. 327 CC) ou au parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie (art. 328 CC).

L'action à fins de subsides permet que le géniteur soit forcé d'assumer la responsabilité pécuniaire de l'enfant sans être considéré comme son père ou sa mère, sans être donc, titulaire de l'autorité parentale, de son exercice, des droits et des devoirs qui lui sont liés (voir le chapitre consacré aux obligations alimentaires).

La contestation de la filiation

La maternité peut être contestée en apportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant (art. 332 CC). La paternité peut être contestée en apportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père (art. 332 CC).

Si la possession d'état est conforme au titre (c'est-à-dire que le parent est légalement le parent, et se comporte comme tel), *seuls peuvent agir l'enfant, son père, sa mère ou celui qui se prétend le parent véritable* (art. 333 CC). L'action *se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé* (idem), mais nul, à l'exception du ministère public, *ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement* (idem).

En clair : impossible de contester la paternité d'un papa qui est légalement père et qui se comporte comme tel depuis au moins cinq ans (idem pour la mère), par contre, lorsque le père cesse de se comporter comme le père, on dispose d'un délai de cinq ans pour contester sa paternité (s'il n'est pas le géniteur). Les mêmes délais sont applicables à la mère.

La filiation peut être également contestée par le ministère public (le procureur de la République), *si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi* (art. 336 CC).

Si la possession d'état n'est pas conforme au titre (c'est-à-dire si le parent n'est pas le géniteur, et n'est pas légalement le parent mais se comporte comme s'il l'était, ou s'il est légalement le parent mais qu'il ne se comporte pas comme s'il l'était), *l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai* de dix ans (art. 334 CC).

Chapitre 6

L'adoption

PLAN DU CHAPITRE

1. Les conditions pour être adoptant **124**
L'agrément préalable 125
L'adoption internationale 126

2. Les conditions pour être adopté **126**
L'adoption de l'enfant du conjoint 127
Le délaissement manifeste 128
Le consentement à l'adoption 128

3. Les effets des adoptions **130**

EN 1638, saint Vincent de Paul fonde, à Paris, l'Œuvre des Enfants Trouvés, pour récupérer les bébés abandonnés : un édit royal de 1670, à l'origine de l'Assistance Publique, officialise son existence. Saint Vincent de Paul, de son vrai nom, selon les sources, Vincent de Paul ou Vincent Depaul (1581-1660), fait construire un tour d'abandon, sorte de boîte aux lettres à bébé : c'est un cylindre de bois dans lequel le bébé est déposé, pour être récupéré, de l'autre côté, par une sœur tourière. Le principe est exporté à Hambourg (Allemagne) en 1709, par un marchand hollandais. On le ferme cinq ans plus tard : le nombre de bébés abandonnés est trop important pour l'orphelinat ! On en ouvre d'autres, à Kassel (1764) et à Mayence (1811).

Le 19 janvier 1811, un décret impérial impose, dans chaque chef-lieu d'arrondissement, l'ouverture d'un tour d'abandon. On en installe, en France, 250, qui fonctionnent jour et nuit. Ils recueillent tellement de bébés (des milliers) qu'on les remplace, en 1863 (sous le Second Empire), par des Bureaux d'admission, où l'anonymat des mères est préservé. Les tours d'abandon sont officiellement abolis par la loi du 27 juin 1904 *relative au service des enfants assistés*.

Le 8 avril 2000, ils ont été réintroduits en Allemagne, où l'accouchement anonyme n'existe pas. Une soixantaine de *Babyklappen* (littéralement « guichets à bébé ») sont aujourd'hui en service à travers le pays (on en trouve la liste sur Internet). Il y en a six en Autriche, un en Suisse (depuis le 9 mai 2001), un en Belgique, à côté d'Anvers (qui n'a depuis 2000 récupéré que deux bébés), et une dizaine en Italie (dont un à l'hôpital *Santo Spirito* du Vatican).

La loi du 19 juin 1923 autorise, en France, l'adoption d'enfants mineurs. Il était auparavant et depuis 1803 seulement possible d'adopter un homme de plus de trente-cinq ans à des fins essentiellement successorales. L'adoption est actuellement régie par les lois du 11 juillet 1966 et du 5 juillet 1996. Il existe deux procédures d'adoption :

- l'adoption simple (qui permet toujours d'adopter une personne majeure) ;
- l'adoption plénière.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

1. LES CONDITIONS POUR ÊTRE ADOPTANT

L'adoption se déroule en deux phases distinctes : une phase sociale d'agrément suivie d'une phase judiciaire. La première étape consiste souvent à obtenir l'agrément délivré par le président du conseil général : l'adoptant qui connaît l'enfant qu'il veut adopter n'a pas forcément besoin d'obtenir l'agrément des services sociaux (art. 353-1 CC). Le respect des conditions légales est dans ce cas apprécié par le tribunal de grande instance, en audience collégiale.

L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans, ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans (art. 343 CC). L'adoption peut être demandée par toute personne célibataire âgée de plus de vingt-huit ans (art. 343-1 CC). Mais il est envisagé de mettre un terme à cette possibilité (en 2008, sur 3 271 adoptions d'enfants étrangers, 1 212 étaient des adoptions individuelles, soit 37,1 %). L'adoption peut également être demandée par un seul des deux membres du couple marié : le consentement de son conjoint est alors nécessaire à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté (idem).

L'adoption n'est pas interdite aux homosexuels : elle est interdite aux couples d'homosexuels, comme elle est interdite aux concubins ou aux pacsés hétérosexuels.

Il faut en effet être marié pour adopter en couple, mais rien (pour le moment), sinon un refus d'agrément, n'interdit à un célibataire, homme ou femme, d'adopter seul, à condition d'avoir vingt-huit ans. Son compagnon ou sa compagne ne pourra pas, par la suite, adopter l'enfant : *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* (art. 346 CC). Il n'existe qu'une seule exception à ce principe : *une nouvelle adoption peut être prononcée soit après décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit encore après décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux* (idem).

Les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que l'enfant qu'ils souhaitent adopter (art. 344 CC). Si l'enfant est l'enfant de leur conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans (idem) et l'agrément n'est pas nécessaire (art 370-3 CC). Le tribunal peut, *s'il y a de justes motifs*, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure (idem).

L'agrément préalable

L'agrément est demandé au président du conseil général du département de domicile. Les Français qui résident à l'étranger peuvent s'adresser au président du conseil général de leur dernier département de résidence, ou du département où ils ont conservé des attaches. Le conseil général accuse réception de la demande. Il en demande confirmation, à l'issue d'un délai de réflexion de deux mois : il convient alors de préciser le nombre et l'âge des enfants espérés, éventuellement leur nationalité. Une enquête est menée par des travailleurs sociaux, des psychologues, qui travaillent pour le service de l'aide sociale à l'enfance (ASE). L'agrément est attribué dans un délai théorique de neuf mois, pour un enfant ou plusieurs enfants accueillis simultanément : il devient caduc dès l'arrivée, au sein du foyer, d'un ou plusieurs enfants français ou étranger(s). L'agrément est valable cinq ans : chaque année, l'adoptant doit confirmer par courrier au président du conseil général qu'il maintient son projet d'adoption. L'agrément est valable dans la France entière, et pour l'adoption internationale. On compte environ 25 000 personnes ou couples titulaires d'un agrément, selon l'agence française de l'adoption, et 4 000 adoptions sont prononcées chaque année (dont environ 800 enfants français).

Si l'agrément est refusé, le ou les candidats peuvent, dans un délai de deux mois, former un recours gracieux devant le président du conseil général. Si le président maintient son refus, les candidats peuvent saisir le tribunal administratif dans un délai de deux mois : le recours devient alors contentieux.

Le tribunal administratif de Besançon a par exemple imposé, le 10 novembre 2009, au conseil général du Jura, d'accorder l'agrément à une femme vivant en couple avec une autre femme. Il lui avait été refusé au seul motif de son homosexualité. La presse en a à l'époque un peu vite conclu que le tribunal avait de fait autorisé l'adoption par le couple. Il n'en est rien : en l'état actuel de la loi, la compagne de la mère restera un tiers pour l'enfant qui sera peut-être un jour adopté. Le tribunal administratif de Besançon a suivi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France le 22 janvier 2008 pour discrimination sexuelle.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

L'adoption internationale

L'adoption d'un mineur étranger est impossible si la loi de son pays l'interdit, sauf s'il est né et réside habituellement en France. Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française. L'adoption d'un enfant étranger est soumise à la loi nationale du pays de l'adoptant, ou à la loi qui régit l'union des deux époux, mais elle ne peut pas être prononcée si la loi nationale de l'un ou l'autre époux l'interdit.

Une fois l'agrément obtenu, le candidat à l'adoption peut contacter la quarantaine d'organismes français, réunis en trois fédérations, autorisés pour l'adoption internationale (OAA), ou directement, pour certains pays, les autorités locales. Il est totalement illégal de s'adresser à un organisme non agréé, français ou étranger, ou d'adopter dans un pays étranger sans avoir engagé de démarches avec les autorités françaises : l'adoption ne sera pas reconnue légalement en France. Ces dispositions ont été mises en place pour lutter contre les trafics d'enfants. L'adoption internationale est régie par la Convention de La Haye du 29 mai 1993, signée par la France le 5 avril 1995, et ratifiée le 11 septembre 1998. Si le jugement d'adoption est prononcé à l'étranger, il devra être traduit en droit français pour être reconnu en France : cette procédure s'appelle l'exequatur.

L'agence française de l'adoption a une mission d'information et de conseil sur l'adoption internationale. Elle centralise les procédures d'adoption d'enfants étrangers. Elle joue un rôle d'interface entre les adoptants et les pays étrangers. Sur 3 271 adoptions d'enfants étrangers en 2008, 913 provenaient de pays signataires, 2 358 de pays non signataires comme Haïti, le Vietnam, l'Ukraine ou le Népal.

2. LES CONDITIONS POUR ÊTRE ADOPTÉ

Il faut tout d'abord, c'est un minimum, être adoptable, c'est-à-dire (art. 347 CC) :

- avoir été déclaré abandonné (voir le paragraphe consacré au délaissement manifeste) ;
- être pupille de l'État ;

- que les père et mère ou le conseil de famille aient valablement consenti à l'adoption (voir le paragraphe consacré au consentement à l'adoption).

L'enfant, pour être adopté en adoption plénière, doit être âgé de moins de quinze ans (art. 345 CC). S'il a plus de quinze ans et *qu'il a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge, l'adoption plénière pourra être demandée* jusqu'aux dix-huit ans de l'enfant, ou deux ans après sa majorité (idem). Il doit avoir été accueilli au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois : c'est le placement en vue de l'adoption (art. 351 CC et suivants). Le tribunal de grande instance ne peut être saisi qu'à l'issue de ce délai.

L'adoption simple est possible à tout âge : même un majeur peut (avec son accord) être adopté en adoption simple.

L'adoption de l'enfant du conjoint

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise (art. 345-1 CC) :

- lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint (il n'a qu'un seul parent) ;
- lorsque l'autre parent s'est vu retirer totalement l'autorité parentale (voir le chapitre consacré à l'autorité parentale) ;
- lorsque l'autre parent est décédé et qu'il n'a pas laissé d'ascendants au premier degré, ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

La condition d'âge de l'adoptant *n'est pas exigée en cas d'adoption de l'enfant du conjoint* (art. 343-2 CC). Conjoint sous-entend évidemment « marié » : un pacsé ou un concubin ne sont pas des conjoints.

L'adoption de l'enfant du conjoint *laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille* (art. 356 CC).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le délaissement manifeste

L'enfant *recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon* (art. 350 CC), peut être déclaré abandonné par le tribunal de grande instance. Un enfant abandonné est adoptable. La demande en déclaration d'abandon ne peut pas être transmise au tribunal de grande instance avant l'expiration du délai d'un an : *sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs* (idem). Une simple carte postale à Noël ne suffit *a priori* pas pour maintenir des liens affectifs : *la demande de nouvelles ou l'intention exprimée, mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon* (idem).

L'abandon ne sera pas déclaré par le tribunal si, dans l'année qui précède la demande, *un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier* (idem). Le jugement de déclaration d'abandon retire l'autorité parentale au(x) parent(s). Il en délègue l'exercice à celui, ou à ceux, à qui l'enfant est confié. Il ne pourra être fait opposition au jugement qu'en cas de dol, de fraude ou d'erreur sur l'identité de l'enfant. Le dol est l'ensemble des agissements trompeurs ayant entraîné le consentement du signataire d'un contrat : le dol suppose une volonté de nuire (de la part de l'auteur des manœuvres) et un résultat préjudiciable (pour la personne qui en a été l'objet), qui justifie qu'elle obtienne l'annulation du contrat, pour vice de consentement.

Le consentement à l'adoption

Le mineur âgé d'au moins treize ans doit personnellement consentir à son adoption, simple (art. 360 CC) ou plénière (art. 345 CC). Un refus de sa part rend l'adoption impossible. Le juge peut demander l'avis de l'enfant plus jeune, s'il l'estime *capable de discernement* (art. 388-1 CC), mais il ne sera alors pas tenu de suivre son avis.

Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ils doivent tous deux consentir à l'adoption, mais, *lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs*, son consentement suffit (article 348-1 CC). Lorsque l'un des deux parents est décédé, dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou si l'autorité parentale lui a été retirée, le consentement de l'un suffit (art. 348 CC). Lorsque les deux parents sont décédés, le consentement à l'adoption est donné par le conseil de famille, *après avis de la personne qui prend soin de l'enfant* (art. 348-2 CC). Le consentement à l'adoption des pupilles de l'État est également donné par le conseil de famille (art. 349 CC).

Afin de lutter contre les trafics d'enfants et les mères porteuses, *le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption* (art. 348-5 CC).

Le consentement à l'adoption est reçu :

- par le greffier-en-chef du tribunal d'instance du domicile ou de la résidence de la personne qui consent ;
- par un notaire français ou étranger ;
- par un agent diplomatique ou consulaire français ;
- par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis (en cas d'accouchement anonyme ou d'abandon d'enfant).

Le consentement peut être rétracté pendant deux mois (art. 348-3 CC). Lorsque, à l'expiration du délai de deux mois, le consentement n'a pas été retiré, les parents peuvent demander la restitution de l'enfant s'il n'a pas été placé en vue d'être adopté. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le tribunal qui appréciera, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. Elle rendra caduc le consentement à l'adoption. Lorsque l'enfant a été adopté, il ne pourra pas leur être rendu : l'adoption est irrévocable pour ces motifs.

Le refus abusif des parents

Lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité, le tribunal de grande instance peut prononcer

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

l'adoption même en l'absence de consentement, des parents ou du conseil de famille (art. 348-6 CC).

Le choix de l'adoptant

Lorsque les père et mère, ou le conseil de famille, consentent à l'adoption d'un enfant remis aux services de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption, le choix de l'adoptant est laissé au tuteur, avec l'accord du conseil de famille (art. 348-4 CC).

Dans le cas contraire, les parents ne peuvent choisir l'adoptant que s'il existe *un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté* (art. 348-5 CC).

3. LES EFFETS DES ADOPTIONS

L'adoption plénière substitue un nouvel état civil à l'état civil originel de l'adopté. L'adoption simple superpose un nouvel état civil à l'état civil originel de l'adopté : l'ancien ne disparaît pas, le nouveau est porté en marge de l'acte de naissance originel.

L'enfant qui bénéficie d'une adoption plénière *cesse d'appartenir à sa famille par le sang* (art. 356 CC). Il porte le nom de son (ou ses) adoptant(s) dans les mêmes conditions que l'enfant né d'un couple marié (art. 357 CC). Il peut aussi changer de prénom(s). Les adoptants sont les seuls titulaires de l'autorité parentale et de son exercice. L'enfant devient français si ses adoptants sont français : ils le sont forcément, puisque la France n'est pas ouverte à l'adoption internationale. Un nouvel acte de naissance est rédigé : les adoptants y apparaissent comme les géniteurs. L'acte de naissance originel, rédigé dans les trois jours de la naissance, devient impubliable pendant cent ans : ni copies, ni extraits ne peuvent en être délivrés. Il est également interdit de le consulter. L'adoption plénière est irrévocable (art. 359).

Celui qui bénéficie d'une adoption simple garde des liens avec sa famille d'origine : l'adoption est mentionnée en marge de son acte de naissance (art. 362 CC). Il héritera dans les deux familles, mais il n'est pas héritier réservataire dans sa famille adoptive. Il devient obligé alimentaire de ses deux familles (art. 367 CC).

Il ne pourra pas, dans sa famille biologique, épouser ses ascendants, descendants et alliés dans la même ligne, ses frères et sœurs, son oncle, son neveu, sa nièce et sa tante (art. 364 CC). Le président de la République peut néanmoins autoriser une alliance, par décret et *pour des causes graves*, entre un allié en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée, ou encore son oncle, sa tante, sa nièce ou son neveu (art. 164 CC), avec les réserves émises quant aux mariages homosexuels (voir le chapitre consacré au mariage). Le mariage est prohibé, dans sa famille adoptive (art. 366 CC) :

- entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;
- entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté, sauf *lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ;*
- les éventuels autres enfants adoptifs et les enfants de l'adoptant (sauf dispense du président de la République pour motifs graves).

Le lien de parenté créé par l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté.

Les adoptants sont les seuls titulaires de l'autorité parentale, et ils en possèdent aussi l'exercice (art. 365 CC). La famille biologique peut néanmoins en obtenir délégation : c'est une possibilité théorique rarement utilisée.

L'enfant qui bénéficie d'une adoption simple accole au sien le nom de l'adoptant (art. 363 CC) : le nom du père adoptif ou de la mère adoptive est ajouté à son nom de naissance. Lorsque l'adopté, l'adoptant, ou l'un des deux, porte un double nom de famille, il ne peut en adjoindre qu'un : *le choix appartient à l'adoptant, qui doit recueillir le consentement de l'adopté âgé de plus de treize ans* (idem). En cas de désaccord, ou à défaut de choix, la loi est, comme toujours, pragmatique : *le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté* (idem). Le tribunal peut, toutefois, à la demande de l'adoptant, décider que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant, mais, si l'adopté a plus de treize ans, son consentement personnel est nécessaire.

L'adoption simple est sans effet sur la nationalité de l'adopté. L'adoption simple est révocable, par le tribunal de grande instance, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, pour *sévices, ingratitude ou indignité*, sauf si l'adopté a moins de quinze ans (art. 370 CC).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Chapitre 7

La minorité, la majorité et l'émancipation

PLAN DU CHAPITRE

1. Évolutions de la majorité **135**

2. Droits et minorité **136**

3. Majorité et émancipation **137**

L'émancipation par le mariage 139

L'émancipation par la justice 139

La majorité a été fixée à 21 ans par la loi du 29 septembre 1792. Le droit de vote, qui va évoluer parallèlement à la majorité civile, est fixé lui aussi à 21 ans le 13 novembre 1799.

1. ÉVOLUTIONS DE LA MAJORITÉ

En France, le droit de vote a été exercé pour la première fois le 29 août et le 5 septembre 1791, lors des élections législatives, conformément au règlement électoral du 24 janvier 1789. Le vote est alors interdit aux femmes, et réservé aux citoyens actifs : on l'appelle « suffrage censitaire ». Les citoyens actifs sont les hommes de plus de 25 ans, domiciliés depuis au moins un an dans la commune, inscrits sur les listes de la garde nationale, qui ont prêté le serment civique et qui payent une contribution directe (un impôt, un cens) au moins égal à trois jours de travail. Ils se réunissent au chef-lieu du canton en assemblée primaire, pour élire les électeurs, qui doivent être propriétaires ou usufruitiers d'un bien procurant un revenu annuel au moins égal à 150 jours de travail : ce sont eux qui élisent les députés. Sous la Restauration (de 1815 à 1848), seuls 60 000 bourgeois auront le droit de voter aux élections législatives. Le suffrage devient universel avec la Constitution du 4 novembre 1848 qui crée la II^{e} République. Elle prévoit que *l'élection a pour base la population* (art. 23), que *le suffrage est direct et universel* et que *le scrutin est secret* (art. 24), que *sont électeurs, sans condition de cens, tous les Français âgés de vingt et un ans, et jouissant de leurs droits civils et politiques* (art. 25), et que *sont éligibles, sans condition de domicile, tous les électeurs âgés de vingt-cinq ans* (art. 26).

Universel, d'accord, mais masculin et civil : le droit de vote ne sera accordé aux femmes que le 21 avril 1944, juste avant les militaires (le 17 août 1945). Elles voteront pour la première fois aux élections municipales du 29 avril 1945. Les femmes turques ont obtenu le droit de vote en 1934, et les femmes corses votaient déjà au XVI^{e} siècle : le droit de vote des femmes apparaît en effet dès 1755 dans la Constitution insulaire de Pascal Paoli.

Le 21 mars 1804, le code civil des Français fixe la majorité civile à 25 ans pour les hommes, à 21 ans pour les femmes. La différence se retrouve dans l'âge légal du mariage : *l'homme avant dix-huit ans*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage (ancien art. 144 CC, modifié le 4 avril 2006). Le 21 juin 1907, la majorité est de nouveau fixée à 21 ans pour tous, ainsi que le droit de vote. Le 5 juillet 1974, la majorité et le droit de vote sont abaissés à 18 ans : *le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* (art. 388 CC), et *sont électeurs les Françaises et Français âgés de dix-huit ans accomplis, jouissant de leurs droits civils et politiques et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi* (art. L. 2, code électoral).

2. DROITS ET MINORITÉ

Le mineur et le majeur sous tutelle sont des incapables civils (le majeur sous tutelle moins, depuis la réforme du 5 mars 2007). Ils peuvent jouir de leurs droits (on parle alors de capacité de jouissance), mais ils ne peuvent pas les exercer : ils ne disposent pas de la capacité d'exercice. Leurs droits sont, dans leur intérêt, exercés par leur représentant légal, c'est-à-dire titulaire de l'exercice de l'autorité parentale (pour les mineurs) ou tuteur (pour les majeurs sous tutelle). Le majeur sous curatelle n'a qu'une capacité réduite. La tutelle est un système de représentation : le tuteur, sous le contrôle du juge des tutelles, représente le majeur comme les parents représentent leur enfant. La curatelle est un système d'assistance et de contrôle (art. 440 CC) : le curateur assiste le majeur qui conserve une certaine autonomie (voir le chapitre consacré à la protection des majeurs).

Le mineur bénéficie, jusqu'à ses dix-huit ans accomplis d'un régime d'incapacité civile qui le protège des décisions qu'il pourrait prendre, qui lui interdit de s'engager (de se marier, de contracter) et qui limite l'exercice de ses droits de citoyen. Il ne peut par exemple pas déposer plainte, ou se constituer partie civile : seuls ses représentants légaux peuvent le faire en son nom. Le mineur peut, par contre, une fois majeur, déposer plainte et se constituer partie civile pour des infractions qu'il a subies durant sa minorité : le délai de prescription, suspendu, est même considérablement allongé (art. 7, 8 et 9 CPP).

Le mineur a 20 ans à compter de sa majorité pour porter plainte s'il a été victime d'un crime (les victimes adultes ont 10 ans pour porter plainte) : un viol est un crime. Il a 10 ans pour porter plainte s'il a été

victime d'un délit (le vol est un délit, l'abus de faiblesse) et 20 ans s'il a été victime d'un délit sexuel (les victimes adultes ont 3 ans pour porter plainte) : l'agression sexuelle est un délit. Le mineur a un an pour porter plainte s'il a été victime d'une contravention (une paire de claques est une contravention qualifiée de violence légère) : les victimes adultes disposent du même délai.

Le jeune majeur âgé de 18 à 21 ans peut (encore) bénéficier de l'action de protection en faveur des jeunes majeurs instituée par le décret 75-96 du 18 février 1975 *fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur de jeunes majeurs*, et par le décret 75-1118 du 2 décembre 1975, *relatif à la protection sociale de l'enfance en danger*. Ces deux textes ont répondu à l'abaissement du seuil de la majorité de 21 à 18 ans. La protection du jeune majeur pouvait être judiciaire (ordonnée à la demande du jeune par le juge des enfants), ou administrative (acceptée, à la demande du jeune, par les services départementaux de l'aide sociale à l'enfance). Le décret 75-96 du 18 février 1975 devrait très prochainement être abrogé (l'annonce est depuis 2008 récurrente) : la protection des jeunes majeurs, rebaptisée depuis longtemps « contrat jeune majeur » sera alors de la compétence exclusive des conseils généraux. Elle apparaît dans les missions de l'ASE : *apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique* [...] *aux mineurs émancipés et majeurs de moins de vingt-et-un ans confrontés à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre* (art. L. 221-1 CASF).

3. MAJORITÉ ET ÉMANCIPATION

La majorité et l'émancipation (judiciaire ou par mariage) mettent un terme à l'incapacité civile du mineur. Elles mettent également un terme à l'autorité parentale (art. 371-1 CC), même si *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* (art. 371 CC).

Le mineur émancipé *cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère* (art. 413-7 CC). Ils ne sont plus civilement responsables *du dommage qu'il pourra causer à autrui postérieurement à son émancipation* (le mineur émancipé devient civilement responsable de ses actes) : les parents sont en effet civilement responsables de leur enfant mineur

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

jusqu'à sa majorité (art. 1384 CC), mais ils n'en sont jamais pénalement responsables, puisque la responsabilité pénale est personnelle (art. 121-1 CC).

Le mineur émancipé ne peut pas se marier sans l'accord de ses parents, ni se donner en adoption (art. 413-6 CC). L'émancipation ne met pas un terme à l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant, puisque *cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* (art. 371-2 CC). Le mineur émancipé cesse d'être domicilié chez ses père et mère (art. 108-2 CC) : il peut donc, sans leur permission, quitter la maison familiale (art. 371-3 CC). Il peut également s'engager (signer valablement des contrats) : il est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile (art. 413-6 CC).

Il peut aussi, depuis la loi 2010-658 du 15 juin 2010, être commerçant *sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé* (art. 413-8 CC, art. L. 121-2 code du commerce). Il ne pourra pas voter avant d'avoir dix-huit ans (art. L. 2 code électoral). Il reste mineur aux yeux de la justice pénale, et continue à relever des dispositions applicables aux mineurs (ordonnance de 1945, Code de justice pénale des mineurs).

Le mineur, même non-émancipé, peut, depuis le 15 juin 2010, *accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée* (EIRL) *ou d'une société unipersonnelle* (art. 389-8 CC), s'il y est *autorisé par ses deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles* (idem). Il peut également y être autorisé par le conseil de famille (art. 401 CC). L'EIRL est le nouveau statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, qui permet de mettre à l'abri des créanciers professionnels le patrimoine privé de l'entrepreneur.

Le parent mineur, émancipé ou non, peut librement reconnaître son enfant : il devient alors titulaire de l'autorité parentale et de son exercice (voir le chapitre consacré à l'autorité parentale et à son exercice), mais il ne peut pas l'exercer réellement tant qu'il n'est pas majeur ou émancipé puisqu'il n'a pas la capacité d'exercice. L'émancipation lui permet d'exercer sur son enfant l'autorité parentale dont il est titulaire.

L'émancipation par le mariage

Le mineur *est émancipé de plein droit par le mariage* (art. 413-1 CC), mais l'âge légal du mariage, qui était, depuis 1804, de dix-huit ans pour l'homme et de quinze ans pour la femme, est désormais fixé, pour l'homme et pour la femme, *à dix-huit ans révolus* (art. 144 CC). Un mineur qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans peut néanmoins solliciter, du procureur de la République, une dispense pour se marier, qui ne peut lui être accordée que *pour des motifs graves* (art. 145 CC). Les « motifs graves » étaient jadis essentiellement constitués par l'imminence d'une naissance sur laquelle la famille voulait étendre un voile de respectabilité. Il faudra également que le mineur, pour se marier avant dix-huit ans, obtienne l'accord d'un au moins de ses deux parents (art. 148 CC), des *aïeuls ou aïeules* (art. 150 CC) ou du conseil de famille (art. 159 CC).

L'émancipation par la justice

Le mineur peut être émancipé lorsqu'il a atteint *l'âge de seize ans révolus* (art. 413-2 CC) par une ordonnance du juge des tutelles des mineurs : cette fonction est théoriquement exercée par le JAF depuis le 1er janvier 2010. Le JAF est saisi *à la demande des père et mère ou de l'un d'eux* (idem), ou par le conseil de famille (art. 413-3 CC). Lorsque la demande est présentée *par un seul des parents*, le juge rend sa décision *après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté* (art. 413-2 CC). Il prononce l'émancipation *s'il y a de justes motifs* (qu'il apprécie souverainement), après avoir auditionné le mineur (idem). Si le mineur bénéficie d'une mesure d'assistance éducative, le juge ne peut *émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants* (art. 375-7 CC).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Chapitre 8

Le mariage

PLAN DU CHAPITRE

1. Les conditions de fond du mariage **143**
Les conditions physiologiques 143
Les conditions psychologiques 146
Les conditions sociologiques 148

2. Les conditions de forme du mariage **149**
Le dossier et l'audition 149
La publication des bans 150
La célébration 150

3. Les empêchements au mariage **150**
Les empêchements prohibitifs 151
Les empêchements dirimants 151
Le mariage putatif 152

4. Les régimes matrimoniaux **152**
Le régime légal 153
La communauté réduite aux acquêts avec des aménagements 153
La communauté universelle 153
La séparation de biens 154
La participation aux acquêts 154

5. Les effets du mariage **155**
Les effets sur les époux 155
Les effets sur les enfants 155
Les effets pécuniaires 156

L'ÂGE LÉGAL du mariage est fixé à 18 ans depuis le 5 avril 2006 (art. 144 CC). Il est néanmoins loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves (art. 145 CC). Lorsqu'il était fixé à 18 ans pour l'homme et à 15 ans pour la femme, il était souvent confondu avec l'âge de la majorité sexuelle. Il n'était alors pas rare d'entendre évoquer « 15 ans et 3 mois » sans qu'il soit possible d'identifier l'origine de cette rumeur. On peut néanmoins remarquer que 15 ans et 3 mois plus 9 mois de gestation font 16 ans, l'âge possible de l'émancipation. Est-ce l'explication ? Peut-être.

Le mariage est un acte juridique solennel, célébré publiquement par un officier de l'état civil élu. La célébration du mariage donne lieu à la rédaction, en double exemplaire original, d'un acte de mariage, inséré dans le registre des mariages. Le mariage est aussi un contrat tacite, moral, entre deux personnes, qui ne peut être résilié que par la justice, au cours d'une procédure de divorce. Le contrat de mariage, qui n'a rien d'obligatoire, est un acte authentique, rédigé par un notaire pour déterminer le régime matrimonial, la manière dont les époux vont, pendant leur union, gérer leurs biens.

Le mariage obéit à des règles précises : des conditions de fond et de forme doivent être respectées pour qu'il soit valide. Il produit des effets prévus par la loi.

1. LES CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE

Les conditions de fond du mariage sont physiologiques (d'ordre physique), psychologiques (tenant à la volonté et au consentement des futurs époux), et sociologiques (d'ordre moral).

Les conditions physiologiques

La différence de sexe entre les époux

Le Code civil ne précise pourtant pas que la femme épouse l'homme (et vice-versa). La loi n'impose pas que les époux soient de sexe

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

différent : c'était tellement évident lors de la rédaction et de l'adoption du Code civil en 1803, que personne n'a songé à le préciser, bien que Cambacérès, Archichancelier de l'Empire, ait été, de notoriété publique, homosexuel. Il est même possible que cet « oubli » lui soit dû.

On raconte qu'un jour, Cambacérès arrive en retard à une réunion avec l'Empereur. Il affirme, pour s'excuser, qu'il a été retenu par des dames, et Napoléon lui répond : *quand on a rendez-vous avec l'Empereur, on dit à ces dames de prendre leurs cannes et leurs chapeaux et de foutre le camp.*

Bref, *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* (art. 144 CC), mais rien n'indique qu'ils doivent ensemble contracter mariage : deux femmes, deux hommes peuvent aisément respecter cette obligation en s'épousant mutuellement. Les articles du Code civil qui régissent le mariage les appellent ensuite « les époux », sans distinction de sexe. Seul l'article 75 du Code civil, qui règle le déroulement de la cérémonie, précise que l'officier de l'état civil *recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* [...].

La différence de sexe entre les époux est déduite de la coutume, de l'esprit de la loi et de l'objectif du mariage : accueillir les enfants du couple dans un cadre légal organisé. Portalis, encore lui, définissant dans les travaux préparatoires le mariage comme *la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée.*

Le mariage homosexuel qui a été légalement célébré à Bègles (Gironde), le 25 mai 2004, a été, à la demande du procureur de la République, annulé le 27 juillet 2004 par la première chambre du tribunal de grande instance de Bordeaux, aux motifs que *le Code civil n'énonce pas expressément la différence de sexe comme condition du mariage*, mais que *cette différence allait de soi pour les rédacteurs du code civil.* L'annulation a été confirmée le 19 avril 2005 par la sixième chambre civile de la cour d'appel de Bordeaux, qui a estimé que sans équivoque possible, le Code civil (et son article 75) impose à l'officier d'état civil de recueillir la déclaration de deux personnes de sexe différent qui se prennent pour « mari et femme ». Elle a précisé que cela est conforté par le fait que cet échange de consentement prend la suite de la lecture (faite par lui) de divers articles du Code civil, dont ceux relatifs à l'éducation et l'autorité parentale sur les enfants communs. Les deux ex-époux ont ensuite déposé un pourvoi devant la Cour de cassation, dont la première chambre civile s'est prononcée le 13 mars 2007 : elle a jugé qu'en l'état de la loi française actuelle, le mariage

> n'est possible qu'entre un homme et une femme (arrêt 511). Elle a estimé que la loi française n'est pas contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, celle-ci n'ayant pas, en toute hypothèse, force obligatoire en France (le Traité portant Constitution pour l'Europe qui l'intégrait dans le droit européen a été rejeté). Elle a rappelé les termes de l'arrêt du 6 avril 1903 de la première chambre civile de la Cour de cassation : il suffit que les époux aient un sexe reconnaissable et différent de l'autre conjoint pour que le mariage soit valable (sic).

Il ne faut pas oublier que l'homosexualité a longtemps été, en France, un délit : sur une proposition de ministre de la justice, Robert Badinter, l'Assemblée nationale a voté la dépénalisation de l'homosexualité en abrogeant, le 27 juillet 1982, l'article 332-1 du Code pénal.

L'état de santé des futurs époux

Les futurs époux devaient jadis passer une visite médicale, attestée par la remise, à l'officier de l'état civil, d'un certificat prénuptial signé par un médecin, valable deux mois. Ce document, imaginé par une loi du 16 décembre 1942 qui avait pour mission de lutter contre la mortalité infantile (7,5 % en 1942, 0,336 % en 2008), était indispensable pour que les bans soient publiés (ancien art. 63 CC & ancien art. L. 153 CSP) : il n'est plus obligatoire depuis le 1er janvier 2008 (loi 2007-1787 du 20 décembre 2007 *relative à la simplification du droit*). L'état de santé des futurs époux n'était évidemment pas détaillé, les conclusions et résultats de la visite médicale n'étaient par le médecin communiqués qu'à l'intéressé, qui en rendait compte, s'il le souhaitait, à son futur conjoint.

L'âge des futurs époux

Depuis la loi du 4 avril 2006, *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* (art. 144 CC). L'âge légal était de dix-huit ans révolus pour l'homme, de quinze ans révolus pour la femme, depuis le 27 mars 1803. Le procureur de la République du lieu de célébration du mariage peut toujours accorder des dispenses d'âge *pour des motifs graves* (art. 145 CC).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Les conditions psychologiques

La validité du consentement des époux.

Les futurs époux doivent personnellement consentir à leur union, en toute connaissance de cause : *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* (art. 146 CC). L'officier de l'état civil doit vérifier le caractère réel, sérieux et spontané de leur engagement réciproque. Le consentement des futurs époux doit être exempt de vice, sous peine d'annulation : dol, violence, erreur sur la personne ou sur ses qualités essentielles (art. 180 CC).

> Le 1er avril 2008, le tribunal de grande instance de Lille a prononcé, à la demande de l'époux, la nullité de son mariage contracté le 8 juillet 2006, au motif que son épouse n'était plus vierge. Le TGI de Lille a estimé qu'il s'agissait bien d'une erreur sur les qualités essentielles du conjoint, *aux motifs que, Madame Y ayant acquiescé à la demande de nullité fondée sur un mensonge relatif à sa virginité, il s'en déduisait que cette qualité avait bien été perçue par elle comme une qualité essentielle déterminante du consentement de Monsieur X*. La virginité n'a pas été reconnue comme qualité essentielle du mariage : le tribunal a simplement constaté qu'il y avait eu mensonge, que le consentement de Monsieur X était donc vicié. Le procureur général de la cour d'appel de Douai a été, par Madame la Garde des Sceaux, prié d'interjeter appel, et, par un arrêt du 17 novembre 2008, la cour d'appel de Douai a infirmé le jugement du TGI de Lille.

Le mariage « blanc », contracté dans d'autres buts que la vie commune, est interdit. La loi du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* (dite loi Sarkozy), a créé un délit de mariage de complaisance : *le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour constitue un délit puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* (art. L. 623-1 CESEDA). On trouve dans ce même code, le délit « de solidarité », *d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour d'un étranger en situation irrégulière : toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros* (art. L. 622-1 CESEDA)

Le mariage dit « gris » a été rendu populaire par Éric Besson, alors ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du

développement solidaire, bien que cette expression soit utilisée depuis une dizaine d'années. Dans un mariage « gris », un des deux époux est de bonne foi : il a été séduit par l'autre, qui tente de tirer un avantage du mariage.

L'officier de l'état civil doit, en cas de doutes, saisir le procureur de la République (art. 175-2 CC), qui dispose de quinze jours pour lui répondre. Il peut laisser procéder au mariage ou s'y opposer. Il peut aussi décider de surseoir à sa célébration, dans l'attente des résultats de l'enquête : la durée du sursis ne peut excéder un mois, renouvelable une fois. Les futurs époux, ensemble ou séparément, peuvent contester la décision de sursis ou son renouvellement devant le président du tribunal de grande instance, qui a dix jours pour statuer, et dont la décision est susceptible d'appel.

La capacité des époux

Les futurs époux doivent être majeurs. Ils doivent être civilement capables.

Les futurs époux mineurs, qui ont obtenu une dérogation du procureur de la République, doivent obtenir également l'accord d'un au moins de leurs deux parents ou du conseil de famille : *en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* (art. 148 CC).

Le mariage d'un majeur sous tutelle *n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué* (art. 460 CC), *après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage* (idem).

Le mariage d'un majeur sous curatelle nécessite *l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge* (art. 460 CC).

La comparution personnelle des époux

Il n'est pas possible de se marier par procuration. Les futurs époux doivent comparaître personnellement : *le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence* (art. 146-1 CC). Une seule exception : le mariage posthume.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le mariage posthume et le mariage in extremis

Le mariage posthume est (très rarement) autorisé par le président de la République, *si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement* (art. 171 CC). Outre l'aspect symbolique pour l'époux survivant, il permet que l'enfant pas encore né, porté par la femme, devienne l'enfant de son père décédé. Il devient aussi son héritier, et peut percevoir une éventuelle pension s'il est reconnu pupille de la Nation (l'enfant d'un policier tué en service, par exemple). Le mariage posthume n'entraîne aucun droit de succession *ab intestat* (sans testament) au profit de l'époux survivant, et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé.

Il est également possible d'épouser une personne en cas de risque imminent de mort : c'est le mariage *in extremis*. L'officier de l'état civil se transporte au domicile ou au lieu de résidence (hôpital), avec (art. 169 CC) ou sans l'autorisation du procureur de la République (art. 75 CC). Les formalités préalables au mariage sont réduites, les époux sont même dispensés de publier les bans (art. 169 CC)

Les conditions sociologiques

La polygamie est interdite

On ne peut pas, en France, *contracter un second mariage avant la dissolution du premier* (art. 147 CC) : la bigamie (ou, pire, la polygamie) est totalement interdite (mais elle ne permet pas que soit prononcée la déchéance de la nationalité française).

Le délai de viduité a été abrogé

Le délai de viduité a été abrogé par la loi du 26 mai 2004, applicable au 1er janvier 2005, qui a réformé le divorce : il imposait à la femme d'attendre *trois cents jours révolus* (ancien art. 228 CC) pour se remarier après la dissolution d'un précédent mariage (par divorce ou par décès). Ce délai avait pour but d'éviter, de tout au moins limiter, les contestations de paternité. Il prenait fin si la femme produisait un certificat médical attestant qu'elle n'était pas en *état de grossesse* (idem).

Le mariage incestueux est prohibé

Le mariage est prohibé, *en ligne directe* [...], *entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* (art. 161 CC), quel que soit le degré de parenté, que la famille soit légitime, naturelle ou adoptive. Les alliés sont définis comme « des personnes unies par un lien de parenté résultant du mariage et descendant les unes des autres. ». Le mariage est prohibé *en ligne collatérale* [...] *entre le frère et la sœur* (art. 162 CC). Il est également *prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* (art. 163 CC). La loi du 11 juillet 1975 (qui a réformé le divorce) a levé l'interdiction de se marier entre beaux-pères et belles sœurs. Le président de la République a la possibilité d'accorder des dérogations à certaines de ces interdictions, *pour des causes graves* (art. 164 CC) : il peut autoriser les *mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée*, ainsi que les *mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* (idem).

2. LES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE

Le dossier et l'audition

Chacun des futurs époux constitue un dossier, qui doit contenir un certain nombre de pièces indispensables :

- le certificat de publication des bans ;
- une copie intégrale de son acte de naissance, daté de moins de trois mois (six mois si elle a été délivrée par un consulat) ;
- la copie de sa carte nationale d'identité ;
- la preuve de son domicile ou de sa résidence ;
- l'identité de son ou de ses deux témoin(s) ;
- l'attestation, le cas échéant, du notaire chez qui a été conclu le contrat de mariage.

L'officier de l'état civil doit auditionner, ensemble ou séparément, les futurs époux (art. 63 CC), sauf si l'audition n'apparaît pas nécessaire (pas de vice de consentement envisageable, pas de possibilité d'erreur sur la personne). L'audition du futur conjoint mineur *se fait hors la*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

présence de ses père et mère ou de son représentant légal et de son futur conjoint (idem).

La publication des bans

Les bans doivent être publiés dix jours avant le mariage (art. 64 CC), à la mairie du lieu du mariage et à celle du lieu où chacun des futurs époux a son domicile ou sa résidence. Les officiers de l'état civil doivent apposer une affiche *à la porte de la maison commune*, qui énonce *les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré* (art. 63 CC).

La célébration

Le mariage ne pourra être célébré que *dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue* à la date de publication des bans (art. 74 CC). En pratique, une simple déclaration sur l'honneur est suffisante pour établir la résidence.

Les portes de la salle des mariages doivent rester ouvertes.

La cérémonie civile doit précéder une éventuelle cérémonie religieuse. Les futurs époux doivent comparaître avec un témoin au moins chacun, deux au plus (art. 75 CC). L'officier de l'état civil fait *lecture aux futurs époux des articles 212, 213, alinéas un et deux, 214, alinéa un et 215, alinéa un* (idem) du Code civil, *il sera également fait lecture de l'article 371-1* (idem), qui définit l'autorité parentale. Il interpelle ensuite les futurs époux afin de vérifier s'il a été fait, ou non, un contrat de mariage, et pour vérifier leur consentement avant de prononcer, au nom de la loi, qu'ils sont unis par le mariage.

3. LES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE

Les empêchements prohibitifs et les empêchements dirimants interdisent à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage.

Les empêchements prohibitifs

Les empêchements prohibitifs rendent impossible la cérémonie, mais ils ne permettent pas d'annuler le mariage s'il a déjà été célébré.

Le défaut de publication des bans est un empêchement prohibitif. L'absence de certificat médical prénuptial et le non-respect du délai de viduité étaient aussi, avant leur disparition, des empêchements prohibitifs.

Les empêchements dirimants

Les empêchements dirimants rendent impossible la cérémonie, et permettent que le mariage soit annulé par le tribunal de grande instance. Les empêchements dirimants peuvent être des causes de nullité relative, ou de nullité absolue. Les causes de nullité relative sanctionnent la violation des règles de formation du mariage, qui ont été édictées pour protéger des intérêts privés : elles ne peuvent être soulevées que par les personnes concernées, qui peuvent renoncer à leur action, ce qui éteindra la nullité. Les causes de nullité absolue sont d'ordre public. Elles ont pour but de préserver l'institution du mariage. Elles peuvent être invoquées par les époux eux-mêmes, par tous ceux qui y ont intérêt, ou par le ministère public.

Les causes de nullité relative sont :

- le vice du consentement ;
- l'incapacité (la procédure est ouverte dans un délai d'un an à l'incapable ou à ceux qui auraient dû consentir au mariage en son nom, à condition qu'ils n'aient pas tacitement approuvé le mariage).

La procédure de nullité du mariage pour vice de consentement est ouverte dans un délai de cinq ans à compter du mariage (art. 181 CC). Le délai était de six mois : il a été allongé par la loi 2006-399 du 4 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*. La procédure est ouverte à l'époux dont le consentement a été vicié et au ministère public (art. 180 CC) : l'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage (idem).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le mariage d'un majeur sous curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge (art. 460 CC). Le mariage d'un majeur sous tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué, et après audition des futurs conjoints et le recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage (idem)

Les causes de nullité absolue sont :

- l'absence totale de consentement (époux absents de la cérémonie) ;
- le mariage homosexuel ;
- le défaut d'âge légal (sauf en cas de dérogation) ;
- la polygamie ;
- la clandestinité du mariage (qui n'a pas été célébré publiquement) ;
- l'incompétence de l'officier de l'état civil (compétence territoriale, sans délégation réelle...) ;
- la fraude à la loi (mariages « blancs » ou « gris »).

Le mariage putatif

Le mariage putatif est le mariage qui, déclaré nul, produit tout de même ses effets à l'égard des époux qui l'ont contracté de bonne foi : *si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux* (art. 201 CC). Il produit aussi ses effets à l'égard des enfants, *quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi* (art. 202 CC). Dans ce cas, *le juge statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale comme en matière de divorce* (idem).

4. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Le régime matrimonial est librement décidé par les époux. En l'absence de contrat, le régime légal de la communauté réduite aux acquêts s'applique de fait.

Les futurs époux peuvent conclure, devant notaire, un contrat de mariage, pour déterminer de quelle manière ils vont, pendant leur

mariage, administrer leurs biens. Les effets du contrat de mariage cessent lorsque le mariage est dissous, par divorce ou par décès. Le contrat doit être conclu avant le mariage (il est alors mentionné dans l'acte), ou deux ans au moins après la cérémonie (il est alors porté en marge sous forme de « répertoire civil »).

Le contrat de mariage se compose « sur mesure », mais il existe quatre régimes réglés par contrat de mariage :

– la communauté réduite aux acquêts avec aménagements ;
– la communauté universelle ;
– la séparation de biens ;
– la participation aux acquêts.

Le régime légal : la communauté réduite aux acquêts

Chacun des époux conserve ses biens propres, acquis avant son mariage (ce qu'on acquiert est un acquêt), ou acquis pendant son mariage avec de l'argent gagné avant (vente d'un bien propre). Il conserve aussi les biens reçus pendant le mariage par donation ou succession. Les autres biens appartiennent à la communauté : ce sont les biens communs.

La communauté réduite aux acquêts avec des aménagements

Les époux modifient par contrat certaines clauses du régime légal (ils peuvent par exemple convenir qu'en cas de décès, l'époux survivant hérite en totalité des biens de la communauté).

La communauté universelle

Les biens que possèdent les époux, meubles et immeubles, présents et à venir, sont mis en commun, quelle que soit la date d'acquisition (avant

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

ou après le mariage), l'origine (achat, donation, etc.) et le mode de financement. Les biens « propres par nature » (art. 1404 CC) restent la propriété personnelle de chaque conjoint (vêtements et linge, par exemple, dommages et intérêts et indemnités perçus), et les outils de travail nécessaires à la profession de l'un des époux (sauf s'ils dépendent d'un fonds de commerce appartenant à la communauté). Lors de la liquidation de la communauté, les biens communs sont partagés à parts égales : si la liquidation fait suite à un divorce, chaque conjoint récupère la moitié de la communauté, si elle fait suite à un décès, la part du défunt revient à ses héritiers.

La séparation de biens

Les époux conservent l'administration, la jouissance et la libre disposition de leurs biens personnels, quelle que soit la date d'acquisition (avant ou après le mariage), l'origine (achat, donation, etc.) et le mode de financement.

Les époux mariés sous ce régime peuvent acheter des biens en commun (logement familial, véhicule, etc.), qui sont alors soumis au régime de l'indivision : chaque conjoint est copropriétaire du bien en fonction de sa quote-part (les sommes figurant sur un compte bancaire joint sont présumées appartenir pour moitié aux deux époux, même si le compte n'est alimenté que par un des conjoints). Si, faute de justificatifs, la propriété exclusive d'un bien ne peut pas être prouvée, chaque conjoint est supposé propriétaire indivis de la moitié du bien. Les époux peuvent aussi stipuler dans leur contrat que tel ou tel bien, quelle que soit son origine ou son financement, appartient à l'un d'entre eux seulement ou constitue à l'inverse un bien commun.

La participation aux acquêts

Ce régime fonctionne, pendant la durée du mariage, comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, mais, à la dissolution du mariage, l'époux qui s'est le moins enrichi a droit à une « récompense » égale à la moitié de la différence existante entre la valeur des patrimoines de chaque époux, acquis pendant le mariage.

5. LES EFFETS DU MARIAGE

Le mariage a des effets sur les époux et sur leurs enfants. Il a aussi des effets pécuniaires.

Les effets sur les époux

Les époux se doivent mutuellement *respect, fidélité, secours, assistance* (art. 212 CC) : ce ne sont que des devoirs, pas des obligations. Les devoirs de secours et d'assistance recouvrent une obligation d'ordre moral (assistance) et matériel (secours). Le non-respect d'un devoir n'entraîne aucune sanction, mais il peut être évoqué dans la procédure de divorce.

L'adultère a été dépénalisé par la loi du 11 juillet 1975. La fidélité était auparavant une obligation, elle est aujourd'hui un devoir : accepté par les deux époux, qui peuvent de concert s'adonner à l'échangisme, l'adultère n'est susceptible d'aucune sanction. Il peut aussi être toléré par l'époux qui le subit, qui a, en toute subjectivité, le droit de s'en accommoder, de le supporter, ou d'engager une action en divorce.

Le *respect* a été ajouté par la loi 2006-399 du 4 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*, qui a pour but de lutter contre les violences conjugales et intrafamiliales.

Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie (art. 215 CC). Ils choisissent d'un commun accord, la résidence de la famille (idem). Ils peuvent néanmoins déclarer des domiciles séparés (art. 108 CC). Ils *assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille* (art. 213 CC). Ils pourvoient à l'éducation des enfants et *préparent leur avenir* (idem).

Les effets sur les enfants

Les époux *assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille* (art. 213 CC). Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir (idem) : ils disposent pour cela de l'autorité

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

parentale et de son exercice (voir le chapitre consacré à l'autorité parentale et à son exercice). Le mari – devoir de fidélité oblige – est réputé être le père de l'enfant *conçu ou né pendant le mariage* de ses parents entre eux (art. 312 CC), selon le principe de la présomption de paternité, qui reste un des effets fondamentaux du mariage. Les enfants nés d'un couple marié étaient appelés « enfants légitimes » jusqu'au 1er juillet 2006.

Les effets pécuniaires

Depuis la loi du 13 juillet 1965 *portant réforme des régimes matrimoniaux, chaque époux a la pleine capacité de droit* (art. 216 CC). Cette loi a considérablement amélioré la situation légale des femmes qui n'ont plus besoin du consentement de leur mari pour choisir une profession ou pour ouvrir un compte en banque et disposer de leurs propres biens. Néanmoins, le code civil précise jusqu'au 5 juin 1970, que *le choix de la résidence de la famille appartient au mari, la femme est obligée d'habiter avec lui et il est tenu de la recevoir* (ancien art. 215 CC). Les époux contribuent aux charges du mariage (c'est-à-dire aux dépenses de la famille), *à proportion de leurs facultés respectives* (art. 214 CC), et, *si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre* (idem) : c'est la base légale de la contribution aux charges du mariage, une pension qu'un des époux peut être tenu de verser à l'autre, sans qu'une procédure de séparation ou de divorce soit engagée (voir le chapitre traitant des obligations alimentaires).

La dette contractée par un des époux *oblige l'autre solidairement* (art. 220 CC), si elle a *pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants* (idem). La solidarité n'a pas lieu *pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération* (idem). Elle n'a pas lieu non plus si les époux n'ont pas, tous les deux, donné leur consentement, *pour les achats à tempérament* (les achats à crédit), et pour les emprunts à *moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante* (idem). L'article 220 CC n'est pas applicable en cas de concubinage (1re chambre civile de la Cour de cassation, 11 janvier 1984).

Chapitre 9

Le PACS et le concubinage

PLAN DU CHAPITRE

1.	**Le concubinage**	**159**
2.	**Le pacte civil de solidarité (PACS)**	**160**

Le PACS et le concubinage ne sont pas des variantes allégées du mariage, qu'ils ne remplacent en aucun cas.

1. LE CONCUBINAGE

Napoléon a refusé de légiférer sur le concubinage, au motif que, si *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux.* Il a donc fallu attendre l'entrée du PACS dans le Code civil, le 15 novembre 1999, pour qu'y pénètre en sa compagnie le concubinage : il était nécessaire de les différencier l'un de l'autre. Le concubinage est désormais présenté comme *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* (art. 515-8 CC). Une union de fait est, par définition, une union qui ne s'enregistre pas, qui ne se déclare pas, qui ne s'inscrit dans aucun cadre : la séparation de fait de deux époux n'est autorisée, ordonnée ou constatée par aucun juge (le régime matrimonial de fait s'applique lorsque les époux n'ont pas conclu de contrat de mariage, la naissance et la mort sont des faits quand le mariage et le suicide sont des actes). La séparation des deux concubins n'est arbitrée par personne : c'est une séparation de fait. Le JAF ne peut être saisi que pour statuer sur l'exercice de l'autorité parentale et sur la pension alimentaire (qui ne concerne que les enfants).

Les concubins décident eux-mêmes si leur vie commune présente *un caractère de stabilité et de continuité*, ou s'ils *vivent en couple* : cette appréciation est éminemment subjective (rien n'interdit d'avoir des relations sexuelles avec son colocataire). Les concubins ne sont par contre légalement pas obligés de vivre ensemble : la vie commune n'est pas un synonyme de la cohabitation. La vie commune, ou la communauté de vie propre au mariage (art. 215 CC), recouvre les projets et les loisirs partagés, les amis communs... Les concubins n'ont d'ailleurs, l'un envers l'autre, aucune obligation : chacun peut même avoir plusieurs concubins *de sexe différent ou de même sexe.* Ils peuvent mettre un terme à leur concubinage de façon unilatérale, sans que l'autre puisse revendiquer un quelconque dédommagement, une quelconque récompense pour les années de vie commune. Le concubinage n'entraîne aucune communauté d'intérêts : il ne peut donc pas être pris en compte dans le calcul des allocations ou des prestations,

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

sauf si les concubins ont ouvert un compte bancaire commun (ce qui n'est pas malin) qui crée, de fait, la communauté d'intérêts. De même, si les concubins ont un enfant en commun et vivent sous le même toit, ils peuvent difficilement nier le caractère de stabilité et de continuité de leur vie commune.

Le certificat (ou attestation) de concubinage n'a aucune valeur juridique : aucun texte n'oblige les maires à le délivrer. Lorsqu'ils acceptent, ils exigent souvent un domicile commun, ce qui est illégal puisque la loi ne le prévoit pas, ou deux témoins, ce qui est également illégal, puisque les témoins ne sont prévus par la loi que dans le cadre du mariage. Le certificat de concubinage peut être remplacé par une déclaration sur l'honneur signée par les deux concubins (même s'ils ne le sont pas, concubins). Il avait, jadis, une utilité : prouver que le père était domicilié chez la mère au moment de la reconnaissance anticipée de l'enfant, pour qu'il puisse acquérir l'exercice de l'autorité parentale. Cette obligation de domicile a disparu le 4 mars 2002.

Le concubinage n'a aucune incidence sur l'autorité parentale, sur son exercice, sur la nationalité des concubins ou sur l'achat en commun d'un bien, par exemple immobilier.

2. LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ (PACS)

Le pacte civil de solidarité (PACS) a été créé par la loi du 15 novembre 1999, après d'intenses débats parlementaires. Le PACS a longtemps été présenté comme un contrat permettant l'union homosexuelle, or, près de 95 % des PACS conclus en 2009 l'ont été par des partenaires de sexe opposé[1] : 700 000 PACS ont été signés en dix ans, 175 000 en 2009 (pour 256 000 mariages). Le taux de dissolution des PACS reste stable, aux alentours de 13,5 %. En 2008, 146 030 PACS ont été enregistrés, 23 448 ont été dissous : dans le même temps, 265 430 mariages ont été célébrés (INSEE), et 132 594 divorces ont été prononcés[2].

1. Source : bilan démographique 2008, INSEE.
2. Source : *Les chiffres clés de la justice 2008*, Ministère de la Justice, septembre 2009

Le PACS est *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* (art. 515-1 CC). Le PACS est interdit aux mineurs, même émancipés. Il a un temps été envisagé de l'autoriser entre frères et sœurs (pour organiser leur indivision), mais cette hypothèse n'a pas été retenue, le PACS ne peut pas être conclu (art. 515-2 CC) :

- entre ascendant et descendant en ligne directe ;
- entre alliés en ligne directe ;
- entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ;
- entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage (le divorce doit avoir été prononcé) ;
- entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité (un PACS précédent doit être rompu).

Le majeur sous curatelle ne peut pas, sans l'assistance de son curateur, signer la convention par laquelle il conclut un PACS (idem en cas de modification de la convention), mais aucune assistance n'est requise lors de la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance (art. 461 CC). Le majeur sous curatelle peut rompre le PACS par déclaration conjointe ou par décision unilatérale (idem) : l'assistance de son curateur n'est requise que pour procéder à la signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7. Le majeur sous curatelle est également assisté de son curateur pour liquider les droits et obligations résultant du pacte civil de solidarité, s'il est rompu (à défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture), et pour évaluer les créances dont les partenaires sont titulaires l'un envers l'autre lors de la rupture du PACS.

Le majeur sous tutelle ne peut conclure un PACS sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué (art. 462 CC), après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage (le libelle est identique pour le mariage). Le majeur sous tutelle doit être assisté de son tuteur lors de la signature de la convention (idem en cas de modification de la convention, mais aucune assistance ni représentation ne sont requises lors de la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance). Le majeur sous tutelle peut rompre le pacte civil de solidarité par déclaration conjointe ou par décision unilatérale, mais la formalité de signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7 *est opérée à la diligence du tuteur*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

(idem). Lorsque l'initiative de la rupture émane de l'autre partenaire, cette signification est faite à la personne du tuteur. La rupture unilatérale du pacte civil de solidarité peut également intervenir sur l'initiative du tuteur, autorisé par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué, après audition de l'intéressé et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage. Le majeur sous tutelle peut rompre le PACS par déclaration conjointe (idem) Il est représenté par son tuteur pour liquider les droits et obligations résultant du pacte civil de solidarité, s'il est rompu (à défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture), et pour évaluer les créances dont les partenaires sont titulaires l'un envers l'autre lors de la rupture du PACS.

Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune (art. 515-3 CC) : *à peine d'irrecevabilité, les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité produisent au greffier la convention passée entre elles par acte authentique ou par acte sous seing privé* (idem). Sans cette convention, le PACS n'est qu'un ensemble de droits et de devoirs subjectifs. Le greffier enregistre la déclaration et fait procéder aux formalités de publicité (idem). Il fait de même avec *la convention par laquelle les partenaires modifient le pacte civil de solidarité* (idem). La procédure peut être accélérée *en cas d'empêchement grave* (idem) : *le procureur de la République requiert le greffier du tribunal d'instance de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour enregistrer le pacte civil de solidarité*. Les agents diplomatiques et consulaires français assurent ces missions à l'étranger, à condition, bien sûr, que l'un des deux partenaires au moins soit de nationalité française. Le pacte civil de solidarité ne prend effet qu'à compter de son enregistrement. Il n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies : la loi du 23 juin 2006, *portant réforme des successions et des libéralités* a renforcé le PACS, en décidant, par exemple, qu'il sera *fait mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité, avec indication de l'identité de l'autre partenaire* (art. 515-3-1 CC).

Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à *une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques* (art. 515-4 CC) : s'ils n'en décident pas autrement, *l'aide matérielle est*

proportionnelle à leurs facultés respectives (idem). Les partenaires sont solidairement responsables des dettes contractées par l'un d'eux *pour les besoins de la vie courante*, sauf en ce qui concerne *les dépenses manifestement excessives* (idem).

Évidemment, *sauf dispositions contraires de la convention* [...], *chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels* (art. 515-5 CC). Les biens communs sont gérés selon le principe de l'indivision, c'est-à-dire que chacun possède la part qu'il a réellement acquise, et chacun des deux en est gérant (art. 515-5-3 CC). Le pacte civil de solidarité est dissous par la mort de l'un des partenaires, par le mariage, des partenaires ou de l'un d'eux : la dissolution prend effet à la date de l'événement (article 515-7 CC). Il se dissout également par déclaration conjointe des partenaires, ou la décision unilatérale de l'un d'eux (idem). Le PACS n'est pas un contrat, c'est un pacte, c'est-à-dire qu'il peut se résilier unilatéralement, contrairement à un contrat : c'est la convention qui l'accompagne qui lui donne valeur de contrat.

Deux pacsés n'héritent pas l'un de l'autre : un testament est indispensable, qui ne peut déshériter les héritiers réservataires (ascendants et descendants). Les droits de succession ont été améliorés par la loi de finances de 2005 : le pacsé survivant bénéficie d'un abattement de 57 000 euros (sur lequel il ne paye aucun frais), les 15 000 euros suivants sont taxés à hauteur de 40 %, et le reste à 50 %. Les pacsés font désormais l'objet d'une imposition commune dès la première année (dès la troisième année à l'origine), le regroupement des biens communs peut impliquer l'imposition à l'ISF (impôt de solidarité sur la fortune, dû en 2010 à partir de 790 000 euros de patrimoine). Le calcul des revenus du couple peut également faire augmenter l'imposition IRPP (impôt sur le revenu des personnes physiques), et faire disparaître un certain nombre d'allocations, prestations, etc.

Le partenaire pacsé ne perçoit pas la pension de réversion et la pension de réversion des régimes complémentaires, que seul peut percevoir le conjoint survivant (qui dit conjoint dit mariage), mais, contrairement au remariage qui fait perdre la pension de réversion des régimes complémentaires, le partenaire survivant pacsé ne perd pas son droit de pension d'un précédent mariage.

Le PACS n'a aucune incidence sur l'autorité parentale, sur son exercice, sur la nationalité des concubins (le partenaire étranger doit attendre

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

trois ans pour déposer à ce titre sa demande, un titre de séjour ne lui sera pas automatiquement accordé : le préfet doit se prononcer « sur dossier »).

Chapitre 10

Le divorce et la séparation

PLAN DU CHAPITRE

1. La séparation **168**

La séparation de fait 169

La séparation de corps 169

2. Le divorce avant 2005 **171**

Le divorce par consentement mutuel 171

Le divorce pour faute 172

Le divorce pour rupture de la vie commune 173

3. Le divorce depuis 2005 **173**

Le divorce par consentement mutuel 174

La phase de conciliation 174

La phase d'instance 176

La demande reconventionnelle 179

4. Les effets du divorce **180**

Les effets du divorce sur les époux 180

Les effets du divorce sur les enfants 180

Les effets sur les biens (effets pécuniaires) 181

La prestation compensatoire 182

LE DIVORCE est la dissolution du lien matrimonial. Il met fin au mariage, de la même manière que le décès. Le tribunal de grande instance statuant en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences (art. 228 CC). Lorsque le tribunal de grande instance statue en matière pénale, il est le tribunal correctionnel. Le juge aux affaires familiales est un juge délégué du tribunal de grande instance (les juges des tribunaux d'instance et de grande instance sont des juges d'instance). Le JAF peut prononcer le divorce, quelle qu'en soit la cause, il peut aussi *renvoyer l'affaire en l'état à une audience collégiale* (idem) : ce renvoi est de droit à la demande d'une partie. En audience collégiale, le tribunal de grande instance (TGI) est composé de trois juges, un président et deux assesseurs. Le JAF en fait alors partie.

Les compétences du JAF sont détaillées par l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire (COJ) : le divorce, la séparation de corps et leurs conséquences, les prénoms et la modification du nom de l'enfant naturel. Il est également compétent quant à *l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins*. Il est enfin compétent, après le prononcé du divorce, *pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, sur la modification de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants et pour décider de confier ceux-ci à un tiers ainsi que sur la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement* (art. 228 CC). Il statue alors, après le prononcé du divorce, sans formalité et peut être saisi par les parties intéressées sur simple requête (donc : sans avocat).

Le JAF s'appelait JAM (juge aux affaires matrimoniales) jusqu'au 8 janvier 1993 : la loi qui a établi la différence entre l'autorité parentale et son exercice a largement élargi ses pouvoirs.

Le divorce a été créé par la loi du 20 septembre 1792 (première loi organisant l'état civil et le droit de la famille). Il a été intégré au Code civil des Français, publié, par Napoléon, le 21 mars 1804.

Le 8 mai 1816, Louis XVIII supprime le divorce : la religion catholique est de nouveau considérée comme la religion officielle, et le divorce, contraire aux valeurs de l'Église, ne plaît pas à la Monarchie. Louis XVIII est revenu sur le trône après l'abdication de l'empereur Napoléon [er] battu à Waterloo. Il sera suivi de Charles X et de Louis-Philippe :

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

cette période de l'Histoire de France s'appelle la Restauration (de la monarchie). Elle se termine par l'avènement de la II^e^ République (1848) qui se transformera en Second Empire (1852).

Le 27 juillet 1884 (sous la III^e^ République) le divorce est réintroduit par la loi Naquet (du nom du député Alfred Naquet).

Il subit plusieurs modifications jusqu'au 11 juillet 1975, quand est adoptée la loi qui dépénalise l'adultère et crée trois types de divorce, avec quatre procédures distinctes. Cette loi a été réformée le 26 mai 2004 : les nouvelles dispositions, applicables au 1^er^ janvier 2005, détaillent désormais quatre manières de divorcer.

On constate une baisse du nombre des divorces entre 1996 et 2001 : 117 400 divorces ont été prononcés en 1996 contre 114 000 en 2000 et 112 600 en 2001. En 2002, la courbe remonte avec 115 900 divorces prononcés, 125 200 en 2003 et 155 200 en 2005 : il est probable que la réforme n'y soit pas pour rien, d'autant plus qu'en 2006 (139 147 divorces) et 2007 (134 477), la baisse est de nouveau perceptible[1].

Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française (art. 309 CC), donc de la compétence des juridictions françaises :

- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps.

1. LA SÉPARATION

Si le divorce est la dissolution du lien matrimonial, la séparation de corps en est le relâchement. La séparation de corps est prononcée par le juge aux affaires familiales : c'est la première étape sur la route qui mène au divorce. La séparation de fait n'est prononcée par personne, elle n'entraîne que peu de conséquences juridiques, elle n'est

1. Sources : INSEE, Ministère de la Justice, mai 2007.

pas retranscrite sur les actes d'état civil des deux époux, qui restent pleinement mariés.

La séparation de fait

La séparation de fait est décidée par l'un des époux, ou conjointement par les deux : si elle se poursuit pendant deux ans, elle est susceptible d'entraîner un divorce pour rupture définitive du lien conjugal (elle devait durer six ans avant le 1er janvier 2005). Le régime matrimonial continue de produire ses effets. Les droits, devoirs et obligation du mariage continuent à s'appliquer, mais ils se retrouvent amoindris pour le conjoint éventuellement abandonné, qui ne pourra, par exemple, pas être obligé de payer à l'autre une contribution aux charges du mariage (voir le chapitre consacré aux obligations alimentaires).

La présomption de paternité, qui fait du mari le père des enfants de son épouse, sera facilement écartée si la naissance survient 300 jours après la date de la séparation (qu'il faudra éventuellement prouver).

La séparation de corps

La séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce (art. 296 CC). Elle ne dissout pas le mariage, mais elle met fin au devoir de cohabitation (art. 299 CC). Elle laisse toutefois subsister le devoir de secours : le jugement qui la prononce ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui peut éventuellement être due à l'époux dans le besoin (art. 303 CC). Lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur s'y prête, la pension alimentaire peut être remplacée, en tout ou partie par la constitution d'un capital : s'appliquent alors les règles de la prestation compensatoire (voir le paragraphe consacré à la prestation compensatoire). La séparation de corps entraîne toujours séparation de biens (art. 302 CC) : elle entraîne donc la dissolution du régime matrimonial.

La séparation de corps est mentionnée en marge de l'acte de mariage, et de l'acte de naissance de chacun des deux époux.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

L'époux contre lequel est présentée une demande en divorce (le défendeur) peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps : si le divorce est basé sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut prétendre qu'au divorce. L'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps peut également former une demande reconventionnelle en divorce (art. 297 CC). Lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont présentées, en même temps, le juge examine d'abord la demande en divorce, et il le prononce si les conditions en sont réunies : à défaut, il statue sur la demande en séparation de corps. Si les deux demandes sont fondées sur une faute, le juge les examine en même temps, il peut prononcer, à l'égard des deux conjoints, le divorce aux torts partagés.

Chacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre (art. 300 CC), il en use s'il le souhaite. Le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur peut par contre le leur interdire (idem).

En cas de décès de l'un des époux pendant la période de séparation, l'autre conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant (art. 301 CC). La reprise volontaire de la vie commune met fin à la séparation de corps (art. 305 CC). Elle doit être constatée par acte notarié, ou faire l'objet d'une déclaration à l'officier de l'état civil, qui en portera mention en marge de l'acte de mariage des époux, ainsi qu'en marge de leurs actes de naissance. La séparation de biens subsistera, sauf si les époux adoptent un nouveau régime matrimonial.

Le jugement de séparation de corps peut, à la demande de l'un des époux, être converti de plein droit en jugement de divorce quand la séparation de corps a duré deux ans (art. 306 CC). Elle peut, dans tous les cas, être convertie en divorce par consentement mutuel (art. 307 CC). Si la séparation de corps a été prononcée par consentement mutuel, elle ne peut être convertie en divorce que par une nouvelle demande conjointe : la séparation de corps deviendra alors la cause du divorce (art. 308 CC).

2. LE DIVORCE AVANT 2005

En 1804, quatre causes de divorce ont été prévues : la condamnation à une peine afflictive ou infamante, l'adultère, les excès et les sévices. Les injures graves ont été ajoutées à la liste le 12 avril 1945.

La loi du 11 juillet 1975 a créé trois divorces différents, avec quatre procédures distinctes :

- le divorce par consentement mutuel, qui pouvait être demandé par les deux époux (requêtes conjointes), ou par un seul (requête acceptée) ;
- le divorce pour faute ;
- le divorce pour rupture de vie commune.

La loi du 11 juillet 1975 a dépénalisé l'adultère : avant qu'elle soit promulguée, la femme qui commettait l'adultère encourait une peine de trois mois à deux ans d'emprisonnement (art. 337 CP ancien), le mari infidèle n'encourait qu'une amende de 360 à 7 200 francs (art. 339 CP ancien), mais seulement s'il avait *entretenu une concubine au domicile conjugal* ! La loi du 15 décembre 1904 a tout de même permis à l'époux ou à l'épouse divorcé(e) d'épouser le ou la complice de son adultère.

Le divorce par consentement mutuel

Il relève toujours de la matière gracieuse (art. 1088 CPC) : il n'y a pas de contentieux entre les époux, qui sont d'accord pour divorcer. Le divorce sur requêtes conjointes exigeait aussi qu'ils s'entendent sur les conditions et les conséquences de leur divorce. Le JAF n'avait aucun pouvoir de décision : il ne pouvait que prononcer le divorce par l'homologation de la convention. Il pouvait aussi refuser d'homologuer la convention : il accordait alors aux époux un délai supplémentaire, pour qu'ils puissent en modifier les termes. Avant la réforme de 2005, les époux présentaient en effet au JAF, lors d'une première audience, une convention provisoire (ou temporaire), qui réglait les effets de la séparation. Ils n'avaient pas à exposer les raisons qui les poussaient à divorcer. Ils bénéficiaient ensuite d'un délai de réflexion de trois à neuf mois, à l'issue duquel ils pouvaient, s'ils persistaient dans leur envie de divorcer, présenter au

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

juge, lors d'une seconde audience, une convention définitive qui réglait les effets du divorce. Le juge homologuait ou non cette convention.

Le consentement des époux devait être réel, libre et éclairé. Ils devaient disposer de leur pleine capacité d'exercice. Ils ne pouvaient divorcer par consentement mutuel pendant les six premiers mois de leur mariage.

Le divorce par requête acceptée était demandé par l'un, et accepté (ou refusé) par l'autre : les époux étaient d'accord pour divorcer, sans être d'accord sur les conditions de leur divorce (pension alimentaire, liquidation de la communauté, résidence des enfants, etc.). Le demandeur devait présenter un mémoire présentant *un ensemble de faits, procédant de l'un et de l'autre, qui rendent intolérable le maintien de la vie commune* (ancien art. 233 CP). Le JAF recevait une première fois les époux pour prononcer la séparation, après une éventuelle ordonnance de non-conciliation, puis une seconde fois pour prononcer le divorce. Le refus du défendeur, ou son absence de réponse à la requête du demandeur, mettait un terme à la procédure.

Le divorce pour faute

Du 2 avril 1941 au 1er janvier 2005, la faute a été définie comme un ensemble de *faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, et rendent intolérable le maintien de la vie commune* (ancien art. 242 CC) : il n'était pas nécessaire que les faits reprochés à l'autre soient graves, leur renouvellement pouvait constituer une faute s'il rendait intolérable le maintien de la vie commune. La jurisprudence a retenu que la passion de l'épouse pour les oiseaux de proie élevés en liberté dans le logement (Colmar, 1984), la pratique intensive d'un sport de ballon par le mari (Paris, 1991), ou l'immixtion de la belle-famille dans la vie du couple (Bordeaux, 1992), ont permis le prononcé du divorce pour faute. La faute devait être imputable à l'autre : impossible de demander le divorce pour faute pour une faute que l'on a soi-même commis (il était alors possible de divorcer par consentement mutuel). La faute était jadis acquise lorsque le défendeur avait été condamné pour crime (l'article 243 CC renvoyait à l'article 131-1 CP), mais cette disposition a disparu du Code civil.

Le divorce pour rupture de la vie commune

Il fallait patienter six ans pour demander un tel divorce, parfois considéré comme injuste : non seulement l'époux demandeur restait obligé alimentaire de l'époux défendeur (il avait souvent à lui verser une pension alimentaire), mais il lui appartenait d'assumer tous les frais liés à la procédure (ancien art. 239 CC). Il était même tenu de rembourser l'aide juridictionnelle perçue par son ex-conjoint ! Le divorce pouvait être refusé si le défendeur arrivait à établir que le divorce aurait pour lui *des conséquences matérielles ou morales d'une extrême dureté* (ancien art. 240 CC).

3. LE DIVORCE DEPUIS 2005

La loi du 26 mai 2004, applicable au 1er janvier 2005, a réformé les procédures de divorce. Elle a créé quatre divorces différents, pour remplacer les trois divorces instaurés le 11 juillet 1975 (art. 229 CC) :

- le divorce par consentement mutuel (il remplace le divorce par requêtes conjointes) ;
- le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage (il remplace le divorce par requête acceptée, appelé aussi « sur double aveu » ou « demandé par l'un, accepté par l'autre ») ;
- le divorce pour faute (il est maintenu) ;
- le divorce pour altération définitive du lien conjugal (il remplace le divorce pour rupture de vie commune).

La réforme a également unifié les procédures : les quatre divorces se déroulent désormais selon la même procédure.

Seul le divorce par consentement mutuel bénéficie d'une procédure particulière. La procédure de divorce se compose de deux parties : une première phase appelée conciliation, une seconde nommée instance. Les époux peuvent à tout moment de la procédure, c'est une nouveauté, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel (art. 247 CC).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le divorce par consentement mutuel

Aujourd'hui, un seul entretien est suffisant (art. 1099 CPC) lorsque les époux *s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets* (art. 230 CC). Le juge, sur son intime conviction, prononce le divorce s'il acquiert *la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé* (art. 232 CC). Il peut également, *refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux* (idem). Les époux peuvent alors présenter *une nouvelle convention [...], dans un délai maximum de six mois* (art. 250-2 CC), mais, *à défaut de présentation d'une nouvelle convention dans le délai fixé [...], ou si le juge refuse une nouvelle fois l'homologation, la demande en divorce est caduque* (art. 250-3 CC).

Le divorce par consentement mutuel n'est pas susceptible d'appel (art. 1102 CPC), par contre, les autres *décisions du juge aux affaires familiales sont susceptibles d'appel* dans les quinze jours qui suivent la date de la décision. L'ordonnance qui prononce le divorce par consentement mutuel est susceptible de pourvoi en cassation, dans le même délai (art. 1103 CPC). Le pourvoi est suspensif, sauf en ce qui concerne *les pensions, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale* (art. 1087 CPC).

La phase de conciliation

L'époux *qui forme une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge, sans indiquer les motifs du divorce* (art. 251 CC). Le *juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences* (art. 252 CC) : *une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire* (la seconde phase), *elle peut être renouvelée pendant l'instance* (idem). La phase de conciliation n'a pas forcément pour but de faire renoncer les époux à leur divorce : elle peut aussi chercher à apaiser la situation pour que la procédure se déroule avec plus de sérénité. Lorsque *le juge cherche à concilier les époux, il doit s'entretenir personnellement avec chacun d'eux séparément avant de les réunir en sa présence* (art. 252-1 CC), *les avocats sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien* (idem). L'audience, dans le cabinet du juge, se déroule en trois parties : chacun des époux est

entendu seul (le demandeur d'abord), les deux époux sont ensuite entendus ensemble, puis les deux époux sont entendus ensemble, avec leurs avocats. Le juge s'entretient avec l'autre conjoint et l'invite à la réflexion si *l'époux qui n'a pas formé la demande ne se présente pas à l'audience ou se trouve hors d'état de manifester sa volonté* (l'époux qui n'a pas formé la demande est le défendeur).

Le juge a une grande liberté dans la manière dont il mène cette tentative de conciliation, commune à tous les divorces, exception faite du divorce par consentement mutuel : elle *peut être suspendue et reprise sans formalité, en ménageant aux époux des temps de réflexion dans une limite de huit jours* (art. 252-2 CC). Si un délai plus long est nécessaire, *le juge peut décider de suspendre la procédure et de recourir à une nouvelle tentative de conciliation dans les six mois au plus* (idem). Il peut en attendant ordonner *les mesures provisoires nécessaires* (idem) comme la résidence séparée des époux ou la jouissance du logement et de son mobilier, fixer la pension alimentaire (art. 255 CC). Les mesures provisoires peuvent également concerner les enfants : l'article 256 CC renvoie aux articles 371 CC et suivants : le juge se prononce essentiellement sur la résidence de l'enfant (la notion de garde a disparu le 4 mars 2002) et sur l'exercice de l'autorité parentale, qui reste en principe conjoint, puisque *la séparation des parents est sans incidence sur la dévolution de l'autorité parentale* (art. 373-2 CC).

Le juge peut également *proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder, enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial* (idem).

La réforme tente d'apaiser les procédures : *lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande, il incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable* (art. 252-3 CC). Il leur demande de présenter à l'audience de jugement un projet de règlement amiable des effets du divorce.

Le juge peut néanmoins prendre, dès la requête initiale et sans attendre la comparution des époux, *des mesures d'urgence* (art. 257 CC), comme ordonner *l'apposition de scellés sur les biens communs*, ou *autoriser l'époux demandeur à résider séparément*, avec ses enfants mineurs si nécessaire (idem). Cette disposition, aussi peu connue des travailleurs sociaux que la salutaire contribution aux charges du mariage (voir le chapitre consacré aux obligations alimentaires), est un outil intéressant à

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

utiliser dans le cadre de violences conjugales ou intrafamiliales. On peut déplorer que les travailleurs sociaux se contentent souvent (pas toujours mais souvent) d'encourager la victime à déposer des mains courantes (qui ne servent à rien) pour lutter contre une procédure d'abandon du domicile conjugal (qui n'existe pas), alors qu'ils gagneraient en efficacité à utiliser tous les moyens légaux que le Code civil tient précieusement à leur disposition dans le secret de ses pages. L'ordonnance qui fixe les mesures provisoires est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification (art. 1112 CPC).

Le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage (art. 233 à 236 CC) a été considérablement simplifié par la réforme de 2004. Il *peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci* (art. 233 CC). Les époux n'ont plus à expliquer pourquoi ils demandent le divorce, ce qui a pour objet de le pacifier : on ne se bat pas sur les causes.

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal (art. 237 et 238 CC) remplace le divorce pour rupture de la vie commune. Il ramène à deux ans le délai d'altération définitive du lien conjugal : il était avant la réforme de six ans. L'altération définitive du lien conjugal peut découler d'une séparation de fait ou d'une absence (voir le chapitre consacré au décès, à l'absence et à la disparition). L'époux demandeur n'est plus obligé alimentaire du défendeur. Il a par contre toujours à supporter *les dépens de l'instance* (l'ensemble des frais liés à la procédure), *à moins que le juge n'en dispose autrement* (art. 1127 CPC).

La réforme avait pour but avoué, lorsqu'elle a été présentée, de supprimer le divorce pour faute : il est en fait celui qui a subi le moins de modifications. Il peut toujours *être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* (art. 242 CC).

La phase d'instance

L'instance est *formée, instruite et jugée selon la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance* (art. 1114

CPC) : c'est une procédure de droit commun, qui s'adapte à chacun des cas de divorce.

Une fois rendue l'ordonnance de non-conciliation, *l'époux qui a présenté la requête initiale* d'un divorce accepté peut, dans les trois mois, assigner en divorce (art. 1113 CPC). Le juge prononce le divorce *sans autre motif que l'acceptation des époux* (art. 1124 CPC), *s'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord* (art. 234 CC). Il statue sur ses conséquences.

Dans le cadre d'un divorce pour faute, les fautes éventuellement commises par l'époux demandeur n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent, cependant, enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce (art. 245 CC). Ces fautes, l'autre époux peut les invoquer à l'appui d'une demande reconventionnelle : *si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés* (idem). Le divorce peut aussi être prononcé aux torts partagés, même en l'absence d'une demande reconventionnelle déposée par le défendeur, si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre (idem).

Si une demande de divorce pour altération définitive du lien conjugal et une demande de divorce pour faute sont présentées en même temps, le juge examine en premier lieu la demande pour faute (art. 246 CC) : s'il la rejette, il statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Les faits invoqués comme causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout moyen, y compris par l'aveu, mais les enfants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux (art. 259 CC), et un *époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude* (art. 259-1 CC). Dans la même logique, les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée (art. 259-2 CC). Le juge peut, à la demande des conjoints, *se limiter à constater, dans les motifs du jugement, qu'il existe des faits constituant une cause de divorce, sans avoir à énoncer les torts et griefs des parties* (art. 245-1 CC) : il peut donc prononcer un divorce pour faute sans préciser de quelle faute il s'agit.

Les époux peuvent, *pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

(art 268 CC) : c'est-à-dire régler entre eux les questions qui peuvent être réglées entre eux, pour ne laisser au juge que les litiges à trancher. Le juge vérifie que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, il homologue les conventions en prononçant le divorce (idem). La phase d'instance aboutit au prononcé du divorce. Le divorce est mentionné en marge des actes de naissance des deux époux, et de leur acte de mariage.

Les violences conjugales

Lorsque les violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants, le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal (art. 220-1 CC).

Sauf circonstances particulières, le logement est attribué au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences.

Le juge se prononce, s'il y a lieu, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage, les mesures prises sont caduques si, à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de leur prononcé, aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'a été déposée (idem).

L'aide juridictionnelle

L'article 5 de la loi 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique permet, à titre exceptionnel, d'accorder l'aide juridictionnelle *aux personnes ne remplissant pas les conditions de revenus fixées à l'article 4, lorsque leur situation apparaît particulièrement digne d'intérêt*. L'article 5 prévoit que les ressources des personnes vivant au foyer ne sont pas prises en compte dans l'appréciation des ressources du demandeur de l'aide juridictionnelle si la procédure oppose entre elles les personnes vivant habituellement au même foyer, ou s'il existe entre elles, *une divergence d'intérêt rendant nécessaire une appréciation distincte des ressources.*

Ces dispositions peuvent intéresser les victimes de violence conjugales sans ressources suffisantes pour se faire assister d'un avocat. L'aide juridictionnelle est sinon attribuée selon des conditions de ressources (montants valables pour les demandes déposées du 1er janvier 2010 au 31 décembre 2010) :

- l'aide juridictionnelle totale est accordée aux personnes qui ont des ressources mensuelles inférieures ou égales à 915 euros ;
- l'aide juridictionnelle partielle est accordée aux personnes qui ont des ressources mensuelles comprises entre 916 euros et 1 372 euros (l'État prendra en charge 85 % des frais pour ceux qui ont des revenus compris entre 916 et 957 euros, 75 % entre 958 et 1 009 euros, etc.) ;
- un « correctif pour charge de famille » majore de 165 euros les plafonds pour chacune des deux premières personnes à charge, de 104 euros à partir de la troisième personne à charge.

L'aide juridictionnelle se demande au bureau d'aide juridictionnelle (BAJ) ouvert au sein de chaque tribunal de grande instance. Une brochure explicative peut être téléchargée sur le site www.vos-droits.justice.gouv.fr. Elle précise les pièces à joindre et les conditions à remplir.

La demande reconventionnelle

Elle permet aux époux de demander au juge, à tout moment, la modification de la requête initiale.

Ils peuvent demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel (art. 247 CC), ils lui présentent alors une convention qui en règle les conséquences.

Ils peuvent également, lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage (art. 247-1 CC).

Si, dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur demande le divorce pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande (art. 247-2 CC).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

4. LES EFFETS DU DIVORCE

Lorsque le divorce est prononcé, il produit des effets sur les époux, sur leurs enfants et sur leurs biens.

Les effets du divorce sur les époux

Les époux peuvent se remarier : le délai de viduité de 300 jours, qui ne s'appliquait qu'à la femme, a été supprimé par la réforme d'avril 2004 (ancien art. 261 CC). Ils peuvent même se remarier entre eux (art. 263 CC). Le divorce met fins aux droits, devoirs et obligations institués par le mariage. L'épouse ou l'époux qui usait du nom de son conjoint, reprend son nom de famille. Le juge peut l'autoriser, dans l'ordonnance, à porter son nom d'usage jusqu'à un éventuel remariage, *s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants* (art. 264 CC).

Les effets du divorce sur les enfants

Le juge fixe la résidence de l'enfant *en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* (art. 373-2-9). Le parent chez qui l'enfant a sa résidence n'en a pas la garde : la notion de garde a disparu du Code civil le 4 mars 2002. Il n'a pas plus de droits que le parent chez qui l'enfant n'a pas sa résidence, à condition que l'autorité parentale soit exercée en commun. Néanmoins, *lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent* (idem), bien que ce droit de visite, avec ou sans hébergement, ne limite pas l'exercice de l'autorité parentale. Le droit de visite et d'hébergement n'a plus aucune raison d'être depuis la loi du 4 mars 2002, *relative à l'autorité parentale* : dans les faits, il est sacralisé par les ex-époux. Ce droit de visite, *lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, peut être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge* (idem) : il limite alors de fait l'exercice de l'autorité parentale.

Le JAF statue sur l'exercice de l'autorité parentale. En principe, les deux parents conservent l'exercice, mais le juge peut le suspendre, si

nécessaire, à l'un des deux, ou aux deux (voir le primordial chapitre consacré à l'autorité parentale et à son exercice).

L'enfant ne décide jamais chez lequel de ses deux parents il va vivre, malgré une légende tenace qui assure le contraire pour les enfants de plus de treize ans. Elle s'explique aisément : avant le 4 mars 2002, il n'était pas prévu que l'enfant de moins de treize ans soit entendu par le juge dans le cadre du divorce de ses parents. Il n'était par le juge qu'entendu, c'est-à-dire qu'il ne donnait que son avis, en aucun cas son accord. Le juge était libre de le suivre ou non. Rappelons que l'enfant de plus de treize ans ne donne son accord que pour être adopté, pour changer de nom ou pour devenir Français.

Désormais, *dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut* [...] *être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet* (art. 388-1 CC). Cette audition est de droit lorsque le mineur la demande : le juge ne peut plus la refuser, même *par une décision spécialement motivée*, comme il le pouvait avant la loi du 5 mars 2007. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Le mineur peut être entendu seul, avec un avocat ou avec la personne de son choix, mais, si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut désigner une autre personne : en pratique, un administrateur *ad hoc* (voir le chapitre consacré à l'expression de l'enfant en justice). Le juge, depuis le 5 mars 2007, *s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat* (idem).

Les effets sur les biens (effets pécuniaires)

Le divorce supprime le régime matrimonial, puisque le contrat de mariage cesse de produire ses effets : il est dissous *à la date à laquelle elle prend force de chose jugée* (art. 260 CC). Le divorce est opposable aux tiers (créanciers, etc.), en ce qui concerne les biens, *à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies* (art. 262 CC).

La communauté est liquidée, chacun des époux récupère ses biens propres. L'obligation alimentaire n'existe plus, pas plus que le devoir de secours ou d'assistance. L'un des deux époux peut être tenu de verser à

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

l'autre une prestation compensatoire, ainsi qu'une pension alimentaire destinée aux enfants.

Le juge peut accorder *des dommages et intérêts* [...] à un époux, en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint (art. 266 CC). La demande doit être formée lors de l'action en divorce.

La prestation compensatoire

Il ne faut pas confondre pension alimentaire et prestation compensatoire : la prestation compensatoire est, comme son nom l'indique, destinée à compenser l'éventuelle *disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* (art. 270 CC). La prestation compensatoire, qui n'était pas révisable, était jadis due jusqu'au décès de celui qui la percevait, elle a subi une profonde réforme le 30 juin 2000. La prestation compensatoire est désormais fixée par le juge sous la forme d'un capital (art. 274 CC). Il peut être versé en une seule fois, ou numéraire ou en nature (la part de l'un dans la maison familiale, par exemple). Lorsque *le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital* (art. 275 CC), le juge peut l'autoriser à le verser *sous forme de versements périodiques* indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires. Les paiements ne pourront s'échelonner sur plus de huit ans. Le débiteur peut se libérer à tout moment en versant le solde du capital indexé. Il peut demander la révision des modalités de paiement en cas de changement important de sa situation. Le juge peut, à titre exceptionnel et par décision motivée, l'autoriser à dépasser la durée de huit ans (art. 276 CC).

Révisable signifie que le montant peut varier, pour simplifier, selon les besoins de l'un et les ressources de l'autre. Indexable signifie que le montant versé doit chaque année, à la date anniversaire, être indexé, c'est-à-dire augmenté, en général et en l'espèce, grâce à un indice fourni par l'INSEE (le loyer et la pension alimentaire sont indexables).

Chapitre 11

Les obligations alimentaires

PLAN DU CHAPITRE

1. Les obligations alimentaires naissent du mariage 185

La contribution aux charges du mariage 185

Dans le cadre du PACS et du concubinage 186

Envers les beaux-parents 187

Après la dissolution du mariage 187

2. Les obligations alimentaires naissent de la filiation 188

Envers les enfants mineurs 188

Envers les enfants majeurs 189

Envers les parents 190

La pension alimentaire 191

3. L'abandon de famille 191

4. Le calcul de l'obligation alimentaire 192

Les obligations alimentaires naissent du mariage et de la filiation. Elles sont réciproques (art. 207 CC). Le code civil les appelle les aliments (art. 203 à 211 CC).

1. LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES NAISSENT DU MARIAGE

Les époux ont l'un envers l'autre un devoir de *secours et d'assistance* (art. 212 CC) : si le devoir d'assistance recouvre plutôt une sorte d'obligation morale d'assister son conjoint dans les moments difficiles, par des soins et de l'attention, le devoir de secours vise clairement l'obligation alimentaire. Il subsiste *entre les époux séparés de corps, même au profit de l'époux coupable* (2e chambre civile, Cour de cassation, 20 juin 1962), jusqu'à ce que le divorce soit devenu définitif (2e chambre civile, Cour de cassation, 12 juillet 1972).

La pension alimentaire est révisable (selon les revenus de celui qui la verse et les besoins de celui qui la perçoit), et indexable (son montant suit le coût de la vie au gré d'un indice publié chaque trimestre par l'INSEE). Il ne faut pas confondre la prestation compensatoire, versée par l'un des époux à l'autre pour compenser la baisse du niveau de vie, et la pension alimentaire, versée pour un ou plusieurs enfant(s) mineur(s) ou majeur(s).

Les époux *contribuent à proportion de leurs facultés respectives* aux charges du mariage (c'est-à-dire aux dépenses de la famille), sauf si les conventions matrimoniales (le contrat de mariage) règlent différemment cette participation (art. 214 CC). Ils ont *par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* (idem).

La contribution aux charges du mariage

Les époux *contribuent à proportion de leurs facultés respectives* aux charges du mariage, mais, *si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre* (art. 214 CC). La peu connue contribution aux charges du mariage trouve ici sa base légale : c'est une sorte de pension alimentaire que l'un des époux devra payer

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

à l'autre, dans le cadre même du mariage, sans qu'une procédure de divorce ou de séparation soit nécessairement engagée. Elle est due, que le couple ait ou non des enfants, lorsque l'un des époux ne contribue pas à proportion de ses revenus aux dépenses de la famille. Elle se demande au juge aux affaires familiales du lieu où demeure le créancier, donc, le défendeur (art. 46 du CPC). Elle peut être demandée en référé.

Le référé est une procédure d'urgence. L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée (art 488 CPC) : elle n'est que la décision provisoire d'un juge qui n'est pas saisi du principal, c'est-à-dire du fond du problème, qui se contente d'ordonner immédiatement les mesures conservatoires nécessaires (art. 484 CPC), dans l'attente du jugement sur le fond. L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire (art. 489 CPC), c'est-à-dire qu'un éventuel appel ne suspend pas la décision du juge (l'exécution provisoire oblige par exemple celui qui doit payer, à payer, même s'il interjette appel). Le délai d'appel est de quinze jours (art. 490 CPC).

La contribution aux charges du mariage peut être demandée par les victimes de violences conjugales, obligées de quitter d'urgence, avec ou sans leur(s) enfant(s), le domicile conjugal (dont l'abandon n'existe pas), sans avoir forcément les moyens de vivre dans l'immédiat de manière autonome (ou en attendant qu'une pension soit fixée si enfants il y a). Elle peut aussi être demandée au juge des tutelles (art.114 CC) ou au JAF, dans le cadre d'une présomption d'absence (voir le chapitre qui traite du décès, de la disparition et de l'absence).

Dans le cadre du PACS et du concubinage

Les concubins ne sont astreints à aucune obligation alimentaire : le concubinage est une union de fait qui n'attribue ni droit, ni devoir, ni obligation.

Une jurisprudence le confirme : *aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté expresse à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées* (Cour de cassation, première chambre civile, 19 mars 1991). Elle n'a jamais été démentie. En clair : débrouillez-vous.

Le pacte civil de solidarité ne crée que des devoirs, dont le respect n'est donc pas réellement obligatoire, mais la convention signée par les deux partenaires peut prévoir qu'une pension alimentaire sera due, par exemple en cas de séparation. Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent néanmoins *à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques* (art. 515-4 CC) : cette aide matérielle est *proportionnelle à leurs facultés respectives* (idem) sauf s'ils en disposent autrement. Ils sont *tenus solidairement responsables à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante* (idem), mais *cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives*. Contrairement au concubinage, le PACS crée en effet une communauté d'intérêt, par l'intermédiaire de l'imposition commune systématique.

Envers les beaux-parents

Depuis 1803, les époux sont obligés alimentaires de leurs beau-père et belle-mère (art. 206 CC), c'est-à-dire des parents de leur conjoint, mais *cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés* (idem). Cette obligation n'existe ni dans le PACS, ni dans le concubinage. Elle ne s'étend pas aux frères, sœurs ou grands-parents du conjoint.

Après la dissolution du mariage

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

L'obligation alimentaire réciproque entre époux disparaît lorsque le mariage est dissous, par le décès ou le divorce. Elle ne subsistait que dans le divorce pour rupture de vie commune, remplacé le 1er janvier 2005 par le divorce pour altération définitive du lien conjugal. La pension alimentaire éventuellement versée par l'un des époux à l'autre, est versée pour l'entretien et l'éducation des enfants qui ont chez lui leur résidence.

La prestation compensatoire n'entre pas dans les obligations alimentaires : elle a pour but de compenser la baisse du niveau de vie de l'un des deux époux. Elle s'apparente à la réparation d'un préjudice, bien qu'en plus, *des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il*

subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint (art 266 CC).

Le non paiement de la prestation compensatoire ne permet pas qu'une plainte soit déposée au titre de l'article 227-3 CP pour abandon de famille (voir le paragraphe consacré à l'abandon de famille).

2. LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES NAISSENT DE LA FILIATION

Les époux *contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* (art. 203 CC) : la question s'est rapidement posée de la durée de cette obligation, difficilement discutable envers les enfants mineurs.

La pension alimentaire peut, en cas de décès du parent créancier, être prélevée sur la succession, ou supportée solidairement par les héritiers (art. 767 CC).

Envers les enfants mineurs

L'obligation alimentaire des parents envers leur(s) enfant(s) mineur(s) est une des obligations légales qui incombent au(x) parent(s), au même titre que l'obligation scolaire ou l'obligation éducative (ce terme n'est pas déposé) prévue par l'article 227-17 du Code pénal.

L'obligation alimentaire des parents envers leur(s) enfant(s) mineur(s) continue après le divorce ou la séparation, sous la forme d'une pension alimentaire, indexable et révisable, que l'un des deux parents verse à celui chez qui l'enfant a sa résidence. On l'appelle aussi « part contributive » car elle contribue à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Les époux n'ont bien sûr *l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* (art. 203 CC) qu'*à proportion de leurs facultés respectives* (idem).

L'action à fins de subsides (art. 342 CC), instaurée par la loi du 3 janvier 1972, est une manière de forcer le parent biologique de l'enfant à assumer son obligation alimentaire sans qu'il soit reconnu père (ou, plus rarement, mère).

L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant, ou, à son initiative, *dans les dix années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité* (idem). L'action *est recevable même si le père ou la mère était au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage* (idem). Elle peut donc être exercée dans le cadre d'une filiation incestueuse ou de parent(s) mineur(s), ou encore si la mère était, lors de la conception, mariée par ailleurs. Le défendeur peut évidemment écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il n'est pas le père de l'enfant. Le montant de la pension est calculé selon les besoins de l'enfant, les ressources et la situation familiale du débiteur. La pension, appelée allocation des subsides, peut être due au-delà de la majorité de l'enfant. Elle n'est plus due si la filiation paternelle de l'enfant est établie par la suite avec une autre personne. Le jugement qui alloue les subsides crée un empêchement à mariage entre le débiteur et le bénéficiaire, entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'autre.

Envers les enfants majeurs

Le Code civil prévoit, depuis la loi du 4 mars 2002 qui a réformé l'autorité parentale, que l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants *ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* (art. 371-2 CC). La jurisprudence précise que *le domaine de l'obligation d'entretien est essentiellement celui de l'éducation et de la préparation à l'avenir* (cour d'appel de Douai, 8 février 2001).

Lorsqu'un enfant majeur sollicite en justice le versement d'une pension alimentaire, il lui incombe de démontrer la réalité et le sérieux des études poursuivies ou de l'apprentissage mené (extrait de la réponse du ministère de la justice apportée à la question 21462 posée le 22 avril 2008 à l'Assemblée nationale par Jean-Paul Anciaux, député de Saône-et-Loire). Inversement, l'absence de réunion de ces conditions peut être invoquée par le parent débiteur d'une pension alimentaire fixée en justice pour en réclamer la suppression. La jurisprudence

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

considère que l'obligation parentale d'entretien ne saurait subsister en cas d'arrêt volontaire et injustifié des études, ou encore dans l'hypothèse d'une réorientation professionnelle tardive après l'obtention d'un premier diplôme. Le JAF doit fixer le montant de la pension alimentaire en fonction des facultés contributives des parents, qui peuvent être exonérés de toute contribution s'ils démontrent être dans l'impossibilité matérielle de s'en acquitter. Le dispositif en vigueur [...] subordonne la prolongation de l'obligation d'entretien au profit des enfants majeurs à la réunion de certaines circonstances, dont le juge est tenu de vérifier l'existence (idem). Le ministère de la justice précise « à l'honorable parlementaire » que le nombre d'actions en justice formées par des enfants majeurs à l'encontre de leurs parents pour obtenir le versement d'une pension alimentaire n'a pas augmenté au cours des dix dernières années : on a dénombré 2 013 demandes en 1996, 1 828 en 2006.

Envers les parents

Les obligations alimentaires sont réciproques, les enfants doivent donc *des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* (art. 205 CC), mais seul le tribunal de grande instance peut les y contraindre. Les enfants qui pourront justifier que leurs parents, ou un seul des deux, ont *manqué gravement à leurs obligations*, en sont exonérés, totalement ou partiellement (art. 207 CC). Précisons incidemment ici que le paiement des dettes n'entre pas dans l'obligation alimentaire : les enfants ne sont donc pas obligés de rembourser les dettes contractées par leur(s) parents(s), qui seront éventuellement déduites de l'actif successoral. Les enfants *qui ont été retirés de leur milieu familial par décision judiciaire durant une période d'au moins trente-six mois cumulés au cours des douze premières années de leur vie* (art. L. 132-6 CASF) sont, sauf décision contraire du juge aux affaires familiales, dispensés de fournir cette aide.

L'aide sociale (art. L. 132-1 à L. 132-9 CASF), versée par les services du conseil général, permet de payer les frais d'hébergement dans une maison de retraite lorsque les revenus de la personne âgée résidente ne le permettent pas. Elle doit être âgée d'au moins 65 ans, d'au moins 60 ans si elle a été jugée inapte au travail. Elle doit affecter 90 % de l'ensemble de ses ressources personnelles au paiement de ses frais de séjour (à l'exclusion de la retraite du combattant et des pensions

attachées aux distinctions honorifiques). Le solde lui est versé, pour son usage personnel : il ne peut être inférieur à 1 % du montant annuel du minimum vieillesse (soit 81,25 euros par mois au 1er avril 2009). Le Conseil général verse à la maison de retraite la différence entre la somme versée par la personne âgée (90 % de l'ensemble de ses ressources), et le montant des frais de séjour.

L'aide sociale aux personnes âgées versée par le conseil général a le caractère d'une avance récupérable, les sommes pourront être réclamées :

- au bénéficiaire « revenu à meilleure fortune » ;
- à sa succession (son patrimoine, son actif net) ;
- au donataire, lorsque la personne âgée lui a fait donation d'un bien postérieurement à la demande d'aide sociale, ou dans les dix ans qui l'ont précédée ;
- au légataire (le bénéficiaire du testament) ;
- aux obligés alimentaires.

La pension alimentaire

La pension alimentaire versée *par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié* (art. 373-2-2 CC), correspond à la contribution à son entretien et à son éducation. Elle peut prendre la forme d'une prise en charge directe de frais au profit de l'enfant (scolarité, loyer), elle peut être servie sous forme d'un droit d'usage et d'habitation (en remplacement d'un loyer). Le montant de la pension, indexable et révisable, est fixé par le juge ou par la convention homologuée, signée par les futurs ex-époux. Le juge peut décider, ou les parents convenir, *que cette contribution sera versée en tout ou partie entre les mains de l'enfant* (art. 373-2-5 CC), majeur ou mineur, puisque l'article ne le précise pas.

3. L'ABANDON DE FAMILLE

Celui qui ne respecte pas son obligation alimentaire commet un abandon de famille : *le fait, pour une personne, de ne pas exécuter*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales [...] *est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* (art. 227-3 CP), si le créancier demeure plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation.

L'abandon de famille, qui n'est que pécuniaire, est un délit, passible, donc, du tribunal correctionnel. Impossible de l'assimiler à l'abandon du domicile conjugal, qui n'existe pas. Le parent qui doit percevoir la pension alimentaire peut déposer plainte avec constitution de partie civile pour obtenir le paiement, majoré des intérêts légaux, des sommes dues, augmentées des frais de procédure (au titre de l'article 700 NCPC). Il est inutile de saisir à nouveau le juge aux affaires familiales : il ne dispose d'aucun moyen coercitif. Il est inutile aussi de déposer des mains courantes, qui ne peuvent engager aucune action pénale.

Il arrive que d'étonnants avocats suggèrent à leur client tenu de payer une pension alimentaire de ne la payer qu'un mois sur deux pour échapper aux poursuites. Les avocats de ceux qui doivent la percevoir conseillent à leurs clients d'accuser systématiquement réception des mensualités versées, en les imputant clairement au mois de retard : il suffit alors pour porter plainte que deux échéances consécutives ne soient pas honorées.

Le non-paiement d'une obligation alimentaire au profit d'un enfant mineur peut entraîner la suspension de l'exercice de l'autorité parentale (art. 373 CC).

4. LE CALCUL DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

L'obligation alimentaire est accordée *dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit* (art. 208 CC). Elle est indexable et révisable, à la demande de l'une ou l'autre des deux parties (art. 209 CC). La révision est décidée par le juge aux affaires familiales, l'indexation est de droit, à la date anniversaire du jugement.

L'impossibilité de payer la pension peut avoir des conséquences inattendues : *si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le juge aux affaires familiales pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments* (art. 210 CC).

Chapitre 12

La protection des majeurs

PLAN DU CHAPITRE

1. Avant la réforme **198**
La sauvegarde 198
La curatelle 199
La tutelle 199
La tutelle aux prestations sociales 200

2. Après la réforme **201**
La sauvegarde 202
La curatelle 205
La tutelle 207
Les mesures d'accompagnement 212

3. Le fonctionnement des mesures de protection **217**
Le signalement 218
La nomination du mandataire 219
La rémunération du mandataire 220
La formation du mandataire 221

4. Le mandat de protection future **222**

12 • La protection des majeurs

LES MESURES de protection des majeurs dits « incapables » ont été créées par la loi 68-5 du 3 janvier 1968 *portant réforme du droit des incapables majeurs,* pour remplacer le régime d'interdiction décrété le 8 germinal an 11 (29 mars 1803), destiné aux majeurs qui se trouvent *dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur* (ancien art. 489 CC) : il convient alors de les interdire, *même lorsque cet état présente des intervalles lucides* (idem). L'interdiction pouvait être provoquée par tout parent, proche ou éloigné. Elle pouvait être provoquée par l'un des époux à l'égard de l'autre, mais, puisque *la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari* (ancien art.215 CC), la jurisprudence affirme que *la femme mariée a besoin de l'autorisation du mari pour ester en justice, même lorsque c'est contre lui et pour le faire interdire* (tribunal civil de Lyon, 8 juin 1872). La demande d'interdiction était portée *devant le tribunal de première instance* (ancien art. 490 CC), ancêtre du tribunal d'instance.

La loi 7443 sur les aliénés du 30 juin 1838, signée Louis-Philippe, Roi des Français, autorise le placement en *maison de santé* des aliénés interdits ou non interdits. Elle crée aussi l'hospitalisation d'office (HO), confiée au maire et au préfet. L'interdiction n'a plus, alors, qu'un seul objet : sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'aliéné et de ses héritiers présomptifs.

La loi 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs,* entrée en vigueur le 1er janvier 2009, réforme les mesures de protection des majeurs dits désormais « protégés ». Elle réaffirme la nécessité que l'altération des facultés soit médicalement constatée : les mesures à vocation strictement sociale (surendettement, prodigalité, oisiveté ou intempérance) sont donc proscrites.

Le majeur placé sous un régime de protection reste civilement responsable de ses actes : *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* (art. 414-3 CC). Il bénéficiera probablement au pénal de circonstances atténuantes (art. 122-1 CP).

Les tuteur, curateur et mandataire judiciaire à la protection des majeurs (nouveau nom générique de la progression) ne sont pas astreints, « par profession », « par mission ou fonction temporaires » (art. 226-13 CP), au secret professionnel (par contre, un assistant de service social recruté

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

comme délégué à la tutelle par une association tutélaire restera astreint au secret professionnel « par état »).

Les fonctions de juge des tutelles des mineurs sont exercées par le juge aux affaires familiales (JAF) depuis la loi 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, applicable au 1er janvier 2010. Le juge aux affaires familiales prononce en qualité de juge des tutelles des mineurs l'émancipation, il gère l'administration légale et la tutelle des mineurs, ainsi que celle des pupilles de la nation (art. L. 213-3-1 COJ) : c'était auparavant le rôle du juge des tutelles, qui ne gère plus, désormais, que les mesures concernant les majeurs.

1. AVANT LA RÉFORME

La loi de 1968 a créé trois mesures de protection, qui ne sont pas remises en cause : la sauvegarde, la curatelle et la tutelle.

La sauvegarde

La sauvegarde de justice est une mesure provisoire qui a une durée limitée (deux mois). Elle doit ensuite être renouvelée tous les six mois. La sauvegarde médicale résulte *d'une déclaration faite* (par le médecin) *au procureur de la République*.

La sauvegarde de justice permet au juge des tutelles *saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle* de placer *pour la durée de l'instance* une personne qui *a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés*. Le juge peut, si cela lui paraît nécessaire (ce n'est pas une obligation), nommer un mandataire spécial (sorte de curateur) dont il définit les pouvoirs, ou confier la défense des intérêts de la personne protégée à sa famille. La mesure prend fin lorsque le majeur est placé sous curatelle ou sous tutelle, lorsque le juge en ordonne la mainlevée, ou lorsque le médecin adresse au procureur *une nouvelle déclaration attestant que la situation antérieure a cessé*.

La curatelle

La curatelle est une mesure d'assistance et de contrôle, alors que la tutelle est une mesure de représentation. Il existait, avant la réforme de 2007, trois curatelles : la curatelle simple (ancien art. 510 CC), la curatelle renforcée (ancien art. 511 CC) et la curatelle aggravée (ancien art. 512 CC), surnommée curatelle 512. Les pouvoirs du curateur sont plus ou moins importants selon qu'il s'agisse d'une curatelle simple (il n'en a aucun), renforcée (il en a quelques-uns, énumérés dans l'ordonnance du juge) ou aggravée (il a presque les mêmes pouvoirs qu'un tuteur). La personne placée sous curatelle n'est pas frappée d'incapacité, contrairement à la personne sous tutelle : le curateur assiste la personne en curatelle, il ne la représente pas.

La tutelle

La tutelle est une mesure de représentation, quand la curatelle n'est qu'une mesure d'assistance et de contrôle. La personne placée sous tutelle est frappée d'une incapacité civile (qui a été largement relativisée par la réforme du 5 mars 2007) : si elle conserve la capacité de jouir de ses droits (capacité de jouissance), elle est privée de la capacité de les exercer (capacité d'exercice). Le tuteur représente la personne en tutelle là où le curateur se contente d'assister et de conseiller la personne en curatelle. Les pouvoirs du tuteur sont ceux d'un représentant légal : la personne majeure placée sous tutelle se retrouve peu ou prou dans la situation d'un mineur.

La tutelle dite complète voyait l'organisation par le juge des tutelles d'un conseil de famille, qui nommait en son sein un subrogé tuteur, chargé d'être l'interface entre le tuteur et le conseil de famille (qui ne se réunit souvent qu'une seule fois l'an).

La tutelle et la curatelle vacantes pouvaient être déférées à l'État, qui en assumait alors la charge financière.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

La tutelle aux prestations sociales

La tutelle aux prestations sociales (TPS), instaurée par la loi 66-774 du 18 octobre 1966, n'était en aucun cas une mesure de protection comparable à la curatelle ou à la tutelle. On ne la trouvait d'ailleurs pas dans le code civil, mais dans le méconnu Code de la sécurité sociale (CSS) : la tutelle aux prestations sociales y était clairement présentée comme une mesure d'action, d'accompagnement social.

La tutelle aux prestations sociales permettait que les allocations sociales (uniquement les allocations sociales, RMI, AAH : pas l'ensemble des revenus), soient versées à un tuteur aux prestations sociales, qui les gérait dans l'intérêt du bénéficiaire. Celui-ci n'était frappé d'aucune incapacité, et conservait la libre disposition de son salaire et autres revenus éventuels. La TPS des mineurs (TPSE, avec le e de « enfants ») était de la compétence du juge des enfants. La TPS des majeurs (TPSA, avec le a de « adultes ») était de la compétence du juge des tutelles. Elle était souvent prononcée en même temps qu'une curatelle ou qu'une tutelle, pour en assurer le financement (la TPSA et la TPSE étaient financées par la CAF, à hauteur de 200 euros par mois environ).

La tutelle aux prestations sociales est née de l'article 16 du décret-loi (ancêtre des ordonnances) du 29 juillet 1939, qui permettait que soient suspendues les prestations familiales lorsque l'éducation des enfants était défectueuse. Le 18 novembre 1942, la loi crée un tuteur aux allocations familiales chargé de gérer ces allocations à la place des parents défaillants : on pense déjà (même le régime de Vichy le pense, c'est dire), que supprimer les allocations est inutile, voire contre-productif.

Profitons de l'occasion pour préciser, à toutes fins utiles, que la suppression des allocations familiales pour absentéisme scolaire (ancien art. L. 552-3 CSS) a été supprimée par la loi 2004-1 du 2 janvier 2004 *relative à l'accueil et à la protection de l'enfance*. Le décret 2004-162 du 19 février 2004 a instauré une contravention de quatrième classe (art. R. 624-7 CP) qui sanctionne d'une amende de 750 euros les familles qui n'ont pas pris les mesures nécessaires pour remédier à l'absentéisme de leur enfant. Les « émeutes » de 2005 ont fait réapparaître la supprimée suppression des allocations familiales : le décret 2006-1104 du 1er septembre 2006 a instauré le contrat de responsabilité parentale (CRP) qui permet, à la demande du président du conseil général, la

suspension des prestations liées à l'enfant faisant l'objet du contrat (art. R. 222-4-5 CASF). Les effets de cette mesure n'apparaissent pas significatifs.

La loi 2009-526 du 12 mai 2009 *de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures* a supprimé la TPSA, remplacée par la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) et la TPSE remplacée par la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (MJAGBF).

2. APRÈS LA RÉFORME

La majorité est toujours fixée à *dix-huit ans accomplis* : *à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* (art. 414 CC), mais, *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit* (art. 414-1 CC). Les majeurs qui ne sont pas « sains d'esprit » doivent donc être assistés, ou représentés.

La loi 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, entrée en vigueur le 1er janvier 2009, organise le dispositif de protection des majeurs en aménageant l'existant, qui n'est pas fondamentalement remis en cause : *les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire* (art. 415 CC). Le terme « majeurs incapables » disparaît du Code civil : il est remplacé par « majeurs protégés ». La protection, instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne, *a pour finalité l'intérêt de la personne protégée* (idem). Elle favorise, dans la mesure du possible, son autonomie, elle est un devoir autant pour les familles, que pour la collectivité publique (idem).

La réforme maintient la sauvegarde, la curatelle et la tutelle, auxquelles on peut ajouter trois nouvelles mesures d'accompagnement social, dont la MASP (mesure d'accompagnement sociale personnalisée). La réforme instaure également un mandat de protection future, qui permet à chacun de prévoir, tant qu'il en est capable, les modalités de son éventuelle protection ou de la protection de son enfant handicapé, en désignant à l'avance celui qui sera plus tard, en cas de besoin, chargé de veiller sur ses intérêts.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

La loi du 5 mars 2007 réaffirme – on avait eu tendance à l'oublier, en inscrivant parfois ces mesures judiciaires dans un contexte social – que le placement en tutelle, en curatelle, n'est possible que si une altération des facultés est constatée par un certificat médical circonstancié établi par un expert psychiatre : les motifs de *prodigalité, intempérance ou oisiveté* prévus par le troisième alinéa de l'ancien article 488 CC sont supprimés. En conséquence, *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique* (art. 425 CC). La mesure, sauf s'il en est disposé autrement, *est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci* (idem), *mais elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions* (idem).

La réforme limite la durée des mesures : elles doivent être révisées tous les cinq ans. Elle renforce aussi les conditions de formation, de contrôle, d'évaluation et de rémunération des tuteurs et curateurs extérieurs à la famille (mandataires judiciaires à la protection des majeurs), mais la personne protégée assume toujours, dans la limite de ses possibilités, tout ou partie des frais occasionnés par sa protection. La rémunération des mandataires pourra être assurée par un financement public, ce qui était déjà possible avec les mesures dites « d'État ».

La curatelle et la tutelle sont désormais inscrites en marge de l'acte de naissance de la personne protégée.

La sauvegarde

La sauvegarde de justice (art. 433 à 439 CC) est une mesure provisoire, limitée, *sous peine de caducité*, à un an, renouvelable une fois (art. 439 CC). Elle permet au juge des tutelles *saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle* (art. 433 CC), de placer sous sauvegarde *pour la durée de l'instance* une personne qui a *besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés* (idem). Cette mesure peut être prononcée par le juge, saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle : cela permet que le majeur soit protégé plus rapidement, pendant la durée de l'instance (de la procédure qui mènera, ou non, au placement sous tutelle ou curatelle). Le juge peut nommer un mandataire dit « spécial » ou confier

la défense des intérêts de la personne protégée à sa famille. Il peut, en cas d'urgence, statuer sans avoir procédé à l'audition de la personne (idem), mais il entend celle-ci dans les meilleurs délais, sauf si, sur avis médical, son audition est de nature à porter préjudice à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté (idem).

La sauvegarde *peut également résulter d'une déclaration faite* (par le médecin) *au procureur de la République dans les conditions prévues par l'article L. 3211-6 du Code de la santé publique* (art. 434 CC) : elle devient alors une sauvegarde médicale.

L'article L. 3211-6 CSP précise que *le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin [...] d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement* : cette déclaration médicale a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre. Le médecin est même tenu, *lorsqu'une personne est soignée dans un établissement de santé* (idem), s'il constate que l'état de cette personne nécessite une mesure de protection, *d'en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement* (idem). Le préfet doit être informé par le procureur de la mise sous sauvegarde médicale.

La personne placée sous sauvegarde conserve l'exercice de ses droits, mais elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire dit « spécial » a été désigné. Si le curateur gère la curatelle et le tuteur la tutelle, le mandataire dit « spécial » gère la sauvegarde, mais sa nomination n'est pas obligatoire. Le juge des tutelles le nomme si la situation le nécessite, pour accomplir un ou plusieurs actes, même de disposition, énumérés dans l'ordonnance et rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée (son mandat est donc adapté à la situation, c'est pour cela qu'il est « spécial » et non « général »). Le mandataire spécial est tenu de rendre compte de l'exécution de son mandat à la personne protégée et au juge. Il peut également se voir confier une mission de protection de la personne, au même titre qu'un curateur ou un tuteur. La sauvegarde est une mesure particulièrement souple, qui peut s'adapter à toutes les situations.

Une sauvegarde sans mandataire est virtuelle, qu'elle soit médicale ou de justice, mais les actes que la personne protégée a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être *rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès*, voire

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

annulés. Il est demandé aux tribunaux de prendre en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté (art. 435 CC).

La rescision est la « destruction prononcée par le tribunal d'un acte lésionnaire[1] », un acte qui a lésé la personne protégée. La réduction pour excès est l'action de demander au tribunal « de ramener à de justes limites un acte excessif par rapport à sa fortune[2] ». L'action en nullité, en rescision, en réduction, n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers, sous certaines conditions : que l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental, qu'il ait été fait alors que l'intéressé(e) était placé(e) sous sauvegarde de justice, qu'une demande de tutelle ou de curatelle ait été introduite avant son décès aux fins d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle, ou qu'effet ait été donné au mandat de protection future. Elle s'éteint au bout de cinq ans (art. 414-2 CC).

Le mandat (de protection future : voir ce paragraphe) par lequel la personne protégée a chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue à produire ses effets pendant la sauvegarde de justice, sauf si le juge des tutelles le révoque ou le suspend (art. 436 CC).

Ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle (voir le paragraphe consacré au placement sous mesure de protection) sont tenus d'accomplir les actes conservatoires (qui évitent que la situation ne se dégrade, qui la conservent en l'état) indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée, dès lors qu'ils ont connaissance tant de leur urgence que de l'ouverture de la mesure de sauvegarde. Il en va de même pour la personne ou l'établissement qui héberge la personne placée sous sauvegarde.

Le juge peut à tout moment ordonner la mainlevée de la mesure si le besoin de protection temporaire cesse. La sauvegarde peut également prendre fin par déclaration médicale faite au procureur de la République. Elle prend fin après l'accomplissement des actes pour lesquels elle a été ordonnée, par l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle, le jour où la mesure prend son effet.

---

1. Collectif, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2010.
2. *Ibid.*

La curatelle

Les trois curatelles ont disparu, au profit de la curatelle et de la curatelle renforcée (art. 472 CC). La curatelle est prononcée *s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante* (art. 440 CC). Le juge peut placer en curatelle *la personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin [...] d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile* (idem). La personne placée en curatelle n'est pas frappée d'incapacité, mais elle *ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille* (art. 467 CC). L'assistance du curateur se manifeste par l'apposition de sa signature à côté de celle de la personne protégée, et, à peine de nullité, toute signification faite à la personne en curatelle doit l'être également au curateur (idem). Les capitaux revenant de la personne en curatelle (loyers, salaire, pension) sont versés sur un compte (bancaire, de caisse d'épargne) ouvert à son nom, dont l'intitulé mentionne le régime de protection (art. 468 CC).

Le juge peut nommer un subrogé curateur, ou un curateur *ad hoc* : le subrogé curateur surveille les actes passés par le curateur. Il informe sans délai le juge s'il constate des fautes dans l'exercice de sa mission. Il assiste ou représente la personne protégée lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux du curateur (art. 454 CC). Le curateur *ad hoc* remplace si nécessaire le subrogé curateur (art. 455 CC).

La personne en curatelle a besoin de l'assistance de son curateur pour ester en justice (introduire une action ou se défendre), pour faire une donation (que le curateur ne pourra pas recevoir), pour se marier, pour signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité (mais pas pour signer le PACS au TI), ou pour conclure un mandat de protection future. Elle peut rompre seule son PACS, par déclaration conjointe ou par décision unilatérale : l'assistance de son curateur n'est requise que pour procéder à la signification. Elle n'a pas besoin de l'assistance de son curateur pour rédiger un testament. Elle choisit librement son lieu de sa résidence, et entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non (art. 459-2 CC), elle a le droit d'être visitée et d'être hébergée par lesdits tiers.

Lors de l'ouverture de la mesure ou plus tard, le juge décide des conditions dans lesquelles le curateur chargé d'une mission de protection de

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

la personne rend compte des diligences qu'il accomplit à ce titre (art. 463 CC) : sa mission est en théorie limitée à la gestion des biens.

La personne en curatelle conserve l'autorité parentale, elle peut librement l'exercer : le curateur n'a aucun pouvoir sur ses enfants mineurs. D'une manière plus générale, *l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel* (déclaration de naissance et reconnaissance d'un enfant, déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant, consentement donné à sa propre adoption, à celle de son enfant) *ne peut jamais donner lieu à assistance* (art. 458 CC).

La personne en curatelle *prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* (art. 459 CC) : le curateur est cantonné, sauf exceptions, à la gestion des biens. Lorsque son état ne lui permet pas *de prendre seule une décision personnelle éclairée*, le juge peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection (idem). Le curateur ne peut pas, sauf urgence, prendre sans l'autorisation du juge une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée. Il peut néanmoins prendre à l'égard de la personne protégée les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement peut lui faire courir. Il doit en informer sans délai le juge (idem).

Le curateur ne peut jamais se substituer à la personne en curatelle pour agir en son nom (art. 469 CC), mais il peut, s'il constate que la personne en curatelle compromet gravement ses intérêts, saisir le juge pour être autorisé à accomplir seul un acte déterminé, ou pour provoquer l'ouverture de la tutelle (idem). Si le curateur refuse son assistance à un acte pour lequel son concours est requis, la personne en curatelle peut demander au juge l'autorisation de l'accomplir seule. Le juge peut alors, par ordonnance, énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée (art. 471 CC). Il peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée (art. 472 CC) : le curateur perçoit alors les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert à son nom, il règle les dépenses et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains (c'est ce que les curateurs

ont tendance à appeler « l'argent de poche »). Le juge peut même autoriser le curateur à conclure un bail d'habitation ou une convention d'hébergement assurant le logement de la personne protégée (entrée en maison de retraite, par exemple). La curatelle renforcée est soumise à quelques dispositions propres à la tutelle : inventaire des biens (art. 503 CC) et vérification du compte de gestion (art. 510 CC).

La personne protégée doit recevoir de son curateur, selon des modalités adaptées à son état, *toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part* (art. 457-1 CC).

La durée d'une curatelle ne peut excéder cinq ans (art. 441 CC). Le juge peut la renouveler pour une même durée (art. 442 CC). Lorsque *l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin* [...] *renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine* (idem).

La tutelle

La personne qui, *en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté* (art. 425 CC), *doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle* (art. 440 CC). La tutelle est donc une mesure de représentation : la personne en tutelle est représentée par son tuteur, un peu comme les parents représentent légalement leur enfant mineur. La personne en tutelle est frappée d'une incapacité désormais relative : les droits dont elle continue à jouir (comme le mineur, elle a une capacité de jouissance), sont en partie exercés par son tuteur, qui devient son représentant légal.

Le juge peut *organiser la tutelle avec un conseil de famille si les nécessités de la protection de la personne ou la consistance de son patrimoine le justifient et si la composition de sa famille et de son entourage le permet* (art. 456 CC). Le juge désigne alors les membres du conseil de famille en considération des sentiments exprimés par la personne protégée, de ses relations habituelles, de l'intérêt porté à son égard et

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

des recommandations éventuelles de ses parents et alliés, ainsi que de son entourage (idem). Le conseil de famille désigne le tuteur, le subrogé tuteur, le tuteur *ad hoc* si nécessaire. Le subrogé tuteur surveille les actes passés par le tuteur, et informe sans délai le juge s'il constate des fautes dans l'exercice de sa mission, il assiste ou représente la personne protégée lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 454 CC). Le tuteur *ad hoc* remplace si nécessaire le subrogé tuteur (art. 455 CC).

Le conseil de famille fonctionne comme le conseil de famille des mineurs. Il est composé d'au moins quatre membres, y compris le tuteur et le subrogé tuteur (art. 399 CC) : *peuvent être membres du conseil de famille les parents et alliés des père et mère du mineur ainsi que toute personne, résidant en France ou à l'étranger, qui manifeste un intérêt pour lui* (idem). Le juge des tutelles le préside, avec une voix prépondérante (art. 400 CC). En l'absence de conseil de famille, les décisions qu'il devrait prendre sont prises par le juge.

La personne en tutelle conserve des droits

La personne en tutelle conserve l'autorité parentale, mais elle ne peut plus l'exercer : elle a toujours la capacité de jouissance, elle perd seulement sa capacité d'exercice. Son tuteur n'a aucun pouvoir sur ses enfants mineurs. En général, comme pour la curatelle, *l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel* (déclaration de naissance et reconnaissance d'un enfant, déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant, consentement donné à sa propre adoption, à celle de son enfant) *ne peut jamais donner lieu à assistance* (art. 458 CC).

La personne en tutelle a besoin, pour se marier, de l'autorisation du juge ou du conseil de famille (art. 460 CC) : l'éventuelle autorisation n'est donnée qu'après audition des futurs conjoints (idem). Il en va de même pour la conclusion d'un pacte civil de solidarité : munie de cet accord, la personne en tutelle peut signer le PACS au TI, mais l'assistance de son tuteur est requise pour en signer la convention (art. 462 CC). La personne en tutelle peut rompre seule son PACS, par déclaration conjointe ou par décision unilatérale. Le tuteur peut en prendre l'initiative. L'assistance du tuteur n'est requise que pour procéder à la signification.

La personne en tutelle choisit librement son lieu de résidence, mais elle est domiciliée chez son tuteur. Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non (art. 459-2 CC), elle a le droit d'être visitée et d'être hébergée par lesdits tiers.

Elle peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, être assistée ou au besoin représentée par le tuteur pour faire des donations. Elle ne peut faire son testament qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, à peine de nullité de l'acte : le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion. Elle peut révoquer, seule, le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle. Le testament fait avant l'ouverture de la tutelle reste valable (art. 476 CC).

Le juge ou le conseil de famille décide, à l'ouverture de la mesure ou par la suite, des conditions dans lesquelles le tuteur chargé d'une mission de protection de la personne rend compte des diligences qu'il accomplit à ce titre (art. 463 CC). La tutelle porte avant tout sur la gestion des biens, mais le juge ou le conseil de famille peut prévoir que la personne bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection (idem).

La personne en tutelle conserve son droit de vote (elle le perdait systématiquement avant l'adoption de la réforme), sauf décision contraire du juge : *lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée* (art. L. 5 CE). Le droit de vote de la personne en tutelle a été rétabli, le 15 février 2007, par un amendement présenté par Nicolas About, sénateur des Yvelines, voté à l'unanimité : *la volonté du législateur en réformant ce texte a été d'inverser la règle, en posant la liberté de voter comme principe, sa suppression comme exception* (extrait de la circulaire DACS CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 *relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs*, dont la lecture est indispensable à qui veut maîtriser les arcanes de ladite réforme).

La durée d'une tutelle ne peut excéder cinq ans (art. 441 CC). Le juge peut la renouveler pour une même durée (art. 442 CC), mais, lorsque *l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

motivée et sur avis conforme du médecin [...] renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine (idem).

La tutelle et la santé

Il est souvent demandé au tuteur d'autoriser les soins sur la personne en tutelle, de signer, à l'hôpital, chez le médecin, une « autorisation d'opérer », dont la nécessité, voire la légalité, n'est pas démontrée. En effet, *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* (art. L. 1111-4 CSP), et *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* (idem). Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, ce qui est *a priori* le cas des majeurs placés sous la protection de la tutelle, *aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance [...] ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté* (idem) : ait été consulté ne veut pas dire « ait signé quoi que ce soit », et le tuteur n'est pas mentionné. D'ailleurs, *le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* (idem) : *dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* (idem).

On retrouve un peu plus loin la personne de confiance citée dans cet article : *toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin* (art. L. 1111-6 CSP). Cette désignation est faite par écrit, elle est révocable à tout moment : *si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions* (idem). Malheureusement, les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée (idem) : le juge des tutelles peut néanmoins *confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci* (idem).

Le contenu de l'article L. 1111-4 CSP doit toutefois s'articuler avec l'article 459 CC : *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet*. Lorsque son état ne lui permet pas de prendre seule « une décision personnelle éclairée », *le juge ou le conseil de famille, s'il a été constitué, peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection* (idem). Le tuteur investi de cette mission de « protection de la personne » pourra alors être amené à se prononcer sur les soins qui devront être dispensés, mais il ne pourra toujours pas, *sauf urgence, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée* (une opération porte atteinte à l'intégrité corporelle). La personne chargée de la protection du majeur peut par contre prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement lui ferait courir (idem), ce qui autorise de fait le tuteur à signer une demande d'hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT). Il doit informer sans délai le juge, ou le conseil de famille s'il a été constitué (idem).

On peut tout de même s'interroger sur cette insistance du corps médical à exiger ce type d'autorisation, souvent présentée comme « une décharge » (la question se pose de la même manière avec les mineurs), dont on peut affirmer sans crainte qu'elle ne sert absolument à rien. Le médecin assumera seul les conséquences d'un défaut de soins, assimilable à une non-assistance à personne en péril (art. 223-6 CP) : l'absence d'autorisation n'est pas un argument recevable. Il assumera seul – ou avec ses collègues – les conséquences d'une éventuelle issue tragique ou d'une fin prématurée en cours d'intervention : l'autorisation ne décharge en rien sa responsabilité. C'est un peu la même logique que l'autorisation réclamée par les centres de loisirs pour emmener à la piscine les mineurs qui les fréquentent... Ils n'ont nul besoin de cette autorisation, puisqu'il est impossible de les poursuivre s'ils emmènent l'enfant à la piscine contre l'avis de ses parents (ce n'est pas une infraction). Ils auront éventuellement à régler cela avec lui, le soir venu, en engageant sa responsabilité disciplinaire (le fait que l'enfant vienne au centre avec son maillot, sa serviette et son bonnet de bain peut d'ailleurs être considéré comme une implicite autorisation). Si l'enfant se noie, le personnel du centre ne pourra bien évidemment pas dégager

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

sa responsabilité en arguant qu'il était autorisé à emmener l'enfant à la piscine ! Cette autorisation n'est donc en aucun cas « une décharge »...

Les mesures d'accompagnement

La loi 2009-526 du 12 mai 2009 *de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures* a supprimé la tutelle aux prestations sociales (TPS), pour la remplacer par des mesures d'accompagnement social. La TPS apparaissait dans le Code de la sécurité sociale (CSS), la MASP apparaît dans le Code de l'action sociale et des familles (CASF), des articles L. 271-1 à L. 271-8, la MJAGBF est prévue par l'article 375-9-1 du Code civil.

La loi du 5 mars 2007 qui a réformé la protection des majeurs a, de son côté, créé la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) : elle apparaît dans le Code civil, des articles 495 à 495-9.

La mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP)

La MASP est une mesure administrative mise en place par les services sociaux du conseil général : contrairement à la MAJ, elle est contractuelle et non coercitive (aucun juge n'intervient), mais certaines de ces dispositions, en cas de non-coopération, peuvent être imposées par jugement.

Le but de la MASP est de permettre, à plus ou moins long terme, que la personne concernée gère à nouveau ses prestations sociales de manière autonome : c'est donc une mesure provisoire. La MASP est ouverte à *toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources* (art. L. 271-1 CASF). Une MASP peut également être ouverte à l'issue d'une MAJ arrivée à échéance. On trouvera la liste des prestations sociales concernées dans le Code de l'action sociale et des familles (art. D. 271-2).

La MASP comporte une aide à la gestion de ses prestations sociales et un accompagnement social individualisé (idem). Elle prend la forme d'un contrat conclu entre l'intéressé et le département, représenté par

le président du conseil général (idem), mais la gestion de la mesure peut être déléguée par convention *à une autre collectivité territoriale, à un établissement public de coopération intercommunale ou à un centre communal ou intercommunal d'action sociale, une association ou un organisme à but non lucratif ou un organisme débiteur de prestations sociales* (art. L. 271-3 CASF).

La MASP repose sur des engagements réciproques : le contrat d'accompagnement social personnalisé (CASP) prévoit des actions en faveur de l'insertion sociale et d'autres qui tendent à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales.

Le CASP est conclu pour une durée de six mois à deux ans (art. 271-2 CASF). Il peut être modifié par avenant. Il peut être renouvelé, après avoir fait l'objet d'une évaluation, mais la durée totale de la mesure d'accompagnement social personnalisé ne peut en aucun cas excéder quatre ans. Le bénéficiaire du contrat peut autoriser le département à percevoir et à gérer pour son compte tout ou partie des prestations sociales qu'il perçoit : elles sont alors affectées en priorité au paiement du loyer et des charges locatives (certains départements surnomment cette mesure MASP2 ou MASP renforcée).

En cas de refus par l'intéressé du contrat d'accompagnement social personnalisé (CASP) ou de non-respect de ses clauses, le président du conseil général peut à tout moment saisir le juge des tutelles pour que soit procédé au versement direct, chaque mois, au bailleur, des prestations sociales dont l'intéressé est bénéficiaire, à hauteur du montant du loyer et des charges locatives dont il est redevable (art. L. 271-5 CASF). Cette procédure (parfois dénommée MASP3) n'est envisageable que si l'intéressé ne s'est pas acquitté de ses obligations locatives depuis au moins deux mois, et elle ne peut avoir pour effet de le priver des ressources nécessaires à sa subsistance et à celle des personnes dont il assume la charge effective et permanente. Le juge fixe la durée du prélèvement dans la limite de deux ans renouvelables sans que la durée totale de celui-ci puisse excéder quatre ans (idem).

Une contribution aux frais de gestion de la mesure peut être demandée au bénéficiaire signataire du contrat (art. L. 271-4 CASF) : son montant est arrêté par le président du conseil général selon les ressources de l'intéressé et dans la limite d'un plafond fixé par le décret 2008-1498 du 22 décembre 2008 (art. D. 271-5 CASF).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Lorsque la MASP n'a pas permis à son bénéficiaire de surmonter ses difficultés, et que sa santé ou sa sécurité en est compromise, le président du conseil général transmet au procureur de la République un rapport comportant une évaluation de la situation sociale et pécuniaire de la personne ainsi qu'un bilan des actions personnalisées menées auprès d'elle (art. L. 271-6 CASF). Il joint à ce rapport les informations dont il dispose sur la situation médicale du bénéficiaire : ces informations sont transmises sous pli cacheté pour que le secret médical ne soit pas rompu. Si le procureur de la République requiert du juge des tutelles l'ouverture d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle, d'une tutelle, ou d'une mesure d'accompagnement judiciaire, il en informe le président du conseil général.

La mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ)

La mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) est une mesure judiciaire contraignante, prononcée par le juge des tutelles, qui permet à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs de percevoir et de gérer tout ou partie des prestations sociales d'une personne majeure, en vue de rétablir son autonomie dans la gestion de ses ressources. La MAJ n'entraîne aucune incapacité (art. 495-3 CC). Elle remplace la tutelle aux prestations sociales des majeurs (TPSA avec le a de adulte).

La MAJ a vocation à être prononcée lorsqu'une MASP n'a pas permis une gestion satisfaisante par celle-ci de ses prestations sociales et que sa santé ou sa sécurité en est compromise (art. 495 CC). Il n'y a pas lieu de prononcer une MAJ à l'égard d'une personne mariée lorsque son époux permet *une gestion satisfaisante des prestations sociales de l'intéressé* (idem). La MAJ ne peut pas être prononcée en complément d'une mesure de protection juridique (sauvegarde, curatelle, tutelle), et le prononcé d'une mesure de protection juridique met fin de plein droit à la MAJ (art. 495-1 CC). La MAJ ne peut être prononcée qu'à la demande du procureur de la République *qui en apprécie l'opportunité au vu du rapport des services sociaux* (art. 495-2 CC). Le juge statue après avoir entendu la personne concernée. Elle porte sur la gestion des prestations sociales choisies par le juge (art. 495-4 CC), mais, les prestations pour lesquelles le juge des enfants a ordonné une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (voir ci-dessous le paragraphe qui lui est consacré) sont exclues de plein droit de la mesure d'accompagnement

judiciaire. Les personnes chargées respectivement de l'exécution d'une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial et d'une MAJ pour un même foyer doivent s'informer mutuellement des décisions qu'elles prennent (art. 495-5 CC).

Seul un mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut être désigné par le juge pour exercer la mesure d'accompagnement judiciaire (art. 495-6 CC). Il perçoit les prestations sur un compte ouvert au nom de la personne auprès d'un établissement bancaire ou de caisse d'épargne (art. 495-6 CC). Il gère ces prestations dans l'intérêt de la personne en tenant compte de son avis et de sa situation familiale. Il exerce auprès d'elle une action éducative tendant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations sociales. Le juge fixe la durée de la mesure : elle ne peut excéder deux ans. Il peut, à la demande de la personne protégée, du mandataire ou du procureur de la République, la renouveler par décision spécialement motivée sans que la durée totale puisse excéder quatre ans (art. 495-8 CC).

La mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (MJAGBF)

Née de la loi du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs* et applicable au 1er janvier 2009, la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial est organisée par le décret d'application 2008-1486 du 30 décembre 2008 *relatif au placement des mineurs et à la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial*, inséré dans le Code de procédure civile (CPC), des articles 1200-2 à 1200-13. Elle remplace la tutelle aux prestations sociales des mineurs (TPSE avec le e de enfant).

Lorsque les prestations familiales ou le revenu de solidarité active servi aux personnes isolées assumant la charge d'un ou de plusieurs enfants (ou femme isolée en état de grossesse, ayant effectué la déclaration de grossesse et les examens prénataux) ne sont pas employés pour les besoins liés au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants, et que l'accompagnement en économie sociale et familiale (voir art. L. 222-3 CASF) n'apparaît pas suffisant, le juge des enfants peut ordonner qu'ils soient, en tout ou partie, versés à une personne physique ou morale qualifiée, dite délégué aux prestations familiales

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

(art. 375-9-1 CC). La décision fixe la durée de la mesure, qui ne peut excéder deux ans, mais peut être renouvelée par décision motivée.

Le délégué s'efforce *de recueillir l'adhésion des bénéficiaires des prestations familiales ou de l'allocation et de répondre aux besoins liés à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants* (idem). Il exerce auprès de la famille une action éducative visant à rétablir les conditions d'une gestion autonome des prestations.

Le juge des enfants peut être saisi par (art. 1200-3 CPC) :

- le ou les représentants légaux du mineur ;
- l'allocataire ou l'attributaire des prestations ;
- le procureur de la République ;
- le maire de la commune de résidence de l'allocataire ou de l'attributaire des prestations, ou son représentant au sein du conseil pour les droits et devoirs des familles, ou le maire de la commune de résidence du mineur, conjointement avec l'organisme débiteur des prestations familiales.

Le juge des enfants peut se saisir d'office à titre exceptionnel. Le président du conseil général peut signaler au procureur de la République toute situation pour laquelle l'accompagnement en économie sociale et familiale est insuffisant.

Le juge des enfants avise de l'ouverture de la procédure, s'ils ne sont pas auteurs de la saisine (art. 1200-4 CPC) :

- le ou les représentants légaux du mineur ;
- l'allocataire ou l'attributaire des prestations ;
- le procureur de la République ;
- l'organisme débiteur des prestations familiales ;
- le président du conseil général de la résidence de l'allocataire ou de l'attributaire.

Cet avis informe l'allocataire ou l'attributaire des prestations familiales de son droit de choisir un avocat ou de demander qu'il lui en soit désigné un d'office (art. 1200-5 CPC). Il l'informe également de la possibilité de consulter le dossier (art. 1200-6 CPC), jusqu'à la veille de l'audience, aux jours et heures fixés par le juge. Le juge convoque, au moins huit jours avant la date de l'audience, l'allocataire ou l'attributaire des prestations familiales. Il en avise leur avocat désigné ou choisi

lorsqu'il en a été informé. Il peut également convoquer à l'audience toute personne dont l'audition lui paraît utile. L'affaire est instruite et jugée en chambre du conseil (art. 1200-8 CPC), c'est-à-dire qu'elle n'est pas publique (la chambre du conseil est la pièce, attenante à la salle d'audience, dans laquelle les juges se retirent pour délibérer), au siège du tribunal pour enfants ou au siège d'un tribunal d'instance situé dans le ressort. La mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial peut à tout moment être modifiée ou rapportée (art. 1200-9 CPC). La décision du juge des enfants est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours (art. 1200-11 CPC).

3. LE FONCTIONNEMENT DES MESURES DE PROTECTION

La réforme tente de renforcer les droits de la personne protégée. Dans la foulée de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002 *rénovant l'action sociale et médico-sociale*, elle « met la personne vulnérable au cœur du dispositif de protection » (introduction de la circulaire DACS CIV/01/09/C1 du 9 février 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, dont la lecture est conseillée à qui veut intégrer les arcanes et les subtilités de ladite réforme). La personne protégée, qui doit *a priori* être désormais entendue pendant la procédure, continue, dans la mesure de ses possibilités et même placée sous tutelle, à prendre elle-même les décisions qui la concernent, en matière de santé et de logement.

Afin de réaffirmer les droits de la personne protégée, le décret 2008-1556 du 31 décembre 2008 *relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales* crée une Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée. Elle lui garantit le respect de ses libertés individuelles et de ses droits civiques, de sa dignité et de son intégrité, de son autonomie et de ses liens familiaux ou personnels, la confidentialité des informations la concernant et le droit à la protection de ses biens dans l'intérêt exclusif de sa personne (et pas dans celui de ses héritiers...). Le décret en question détaille aussi le contenu minimal de la Notice d'information qui doit être immédiatement remise à la

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

personne protégée avec des explications orales adaptées à son niveau de compréhension (art. D. 471-7 CASF).

Le signalement

La demande d'ouverture de la mesure peut être présentée au juge des tutelles par la personne elle-même, par son conjoint, par le partenaire avec qui elle a conclu un PACS ou par son concubin (à moins que la vie commune ait cessé entre eux), par un parent ou un allié, par une personne entretenant avec le majeur des liens étroits et stables, ou par la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique (art. 430 CC). Le juge peut également être saisi par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande d'un tiers.

La demande est accompagnée, *à peine d'irrecevabilité*, d'un *certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République* (art. 431 CC) : il n'est pas précisé qu'il doit s'agir d'un psychiatre. Le médecin en question peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne concernée (art. 431-1 CC).

Le certificat circonstancié *décrit avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé* (art. 1219 CPC). Il *donne au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération* (idem). Il *précise les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote* (idem). Il *indique si l'audition du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté* (idem). Il *est remis par le médecin au requérant sous pli cacheté, à l'attention exclusive du procureur de la République ou du juge des tutelles* (idem). Le coût maximal de ce certificat est fixé par décret en Conseil d'État (au 1er janvier 2010, il est de 160 euros selon le décret 2008-1485 du 22 décembre 2008 *relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs*).

Le juge des tutelles peut ordonner, et le procureur de la République requérir, le certificat médical décrit par l'article 431 du Code civil (certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République) ou l'avis médical mentionné

aux articles 426 (accueil de l'intéressé dans un établissement) et 432 (absence d'audition de la personne à protéger) du même code : cela permet de ne pas fournir ledit certificat circonstancié en même temps que la demande de protection. Cette possibilité n'est pas expressément prévue par le Code civil : on ne la trouve que dans le Code de procédure civile (art. 1256 CPC).

Le coût desdits certificats est alors pris en charge dans les conditions des « frais de justice criminelle, correctionnelle et de police » (art. R. 93 CPP), et son recouvrement est poursuivi selon les procédures et sous les garanties prévues en matière d'amende pénale.

Le juge, dans tous les cas, statue sur la mesure de protection après avoir entendu la personne concernée. Celle-ci peut être accompagnée par un avocat ou, sous réserve de l'accord du juge, par toute autre personne de son choix (art. 432 CC). Le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis du médecin expert, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté.

La nomination du mandataire

Le juge désigne en priorité, comme tuteur ou curateur, *le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, à moins que la vie commune ait cessé entre eux ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure* (art. 449 CC). Il nomme par défaut *un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables* (idem). Il tient compte de l'avis du majeur s'il peut le recueillir, de ses relations habituelles et des éventuelles recommandations de ses parents et alliés, ainsi que de son entourage : plus de la moitié des mesures prononcées sont ainsi « familiales ».

Lorsque personne ne peut (ou ne veut) assumer la mesure, on dit qu'elle est vacante (ce qui est le cas pour un peu plus de la moitié des mesures ordonnées). Le juge désigne alors *un mandataire judiciaire à la protection des majeurs* (art. 450 CC) inscrit sur *une liste dressée et tenue à jour par le représentant de l'État dans le département* (L. 471-2 CASF), c'est-à-dire le préfet. Il peut s'agir d'associations tutélaires (environ 20 % des mesures), de mandataires judiciaires à la protection des majeurs

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

(environ 15 % des mesures), agréés par le préfet *sur avis conforme du procureur de la République* (art. L. 472-1 CASF) ou des établissements ou des services (moins de 10 %) *qui accueillent des personnes âgées ou qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie* (art. L. 472-6 CASF).

L'UDAF (union départementale des associations familiales, fédérée en union nationale) est l'association tutélaire la plus présente sur le territoire national : elle est née le 16 novembre 1945 de la volonté du général de Gaulle, président du gouvernement provisoire, qui, le 3 mars de la même année, signe une ordonnance pour instituer « la représentation officielle de l'ensemble des familles vivant en France, auprès des pouvoirs publics ».

La rémunération du mandataire

Le mandataire, le tuteur et le curateur peuvent prétendre à une rémunération, qui prend le nom d'émoluments (sommes imposables mais non sujettes à charges sociales). Les mesures dites « familiales » ne sont pas rémunérées, mais le juge ou le conseil de famille peuvent toutefois décider du contraire si le travail effectué le justifie. Le coût des mesures est à la charge totale ou partielle de la personne protégée en fonction de ses ressources (art. L. 471-5 CASF). Lorsqu'il ne peut pas être intégralement supporté par la personne protégée, ou lorsque le montant des ressources qu'elle perçoit est inférieur ou égal au montant annuel de l'allocation aux adultes handicapés (art. R. 471-5-2 CASF) il est pris en charge par l'État (art. L. 361-1 CASF).

Le montant du prélèvement effectué sur les revenus du majeur protégé est défini par l'article R. 471-5-2 CASF, issu de l'article 1 du décret 2008-1554 du 31 décembre 2008 :

- 7 % pour la tranche des revenus annuels soumis à prélèvement supérieure strictement au montant annuel de l'allocation aux adultes handicapés et inférieure ou égale au montant brut annuel du salaire minimum interprofessionnel de croissance en vigueur au 1er janvier de l'année de perception des revenus ;
- 15 % pour la tranche des revenus annuels soumis à prélèvement supérieure strictement au montant brut annuel du salaire minimum interprofessionnel de croissance en vigueur au 1er janvier de l'année

de perception des revenus et inférieure ou égale au même montant majoré de 150 % ;

- 2 % pour la tranche des revenus annuels soumis à prélèvement supérieure strictement au montant brut annuel du salaire minimum interprofessionnel de croissance en vigueur au 1er janvier de l'année de perception majoré de 150 % et inférieure ou égale à 6 fois le montant brut annuel du salaire minimum interprofessionnel de croissance en vigueur au 1er janvier de l'année de perception.

La rémunération du mandataire est donc proportionnelle aux revenus perçus. On y ajoute annuellement le remboursement des frais engagés (déplacements, affranchissements, etc.), sur autorisation du juge.

La formation du mandataire

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs *doivent satisfaire à des conditions de moralité, d'âge, de formation certifiée par l'État et d'expérience professionnelle* (art. L. 471-4 CASF). Ils doivent *avoir suivi avec succès une formation complémentaire attestant des compétences nécessaires à l'exercice des fonctions de mandataire judiciaire* (art. D. 471-3 CASF). Le certificat national de compétence qui est délivré à l'issue de cette formation de trois cents heures existe avec trois mentions : MJPM (mesure judiciaire à la protection des majeurs), MAJ (mesure d'accompagnement judiciaire) et « délégué aux prestations familiales ».

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs doivent être *inscrits sur une liste dressée et tenue à jour par le représentant de l'État dans le département* (art. L. 471-2 CASF). Cette liste comprend :

- les services mettant en œuvre les mesures de protection des majeurs ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire (art. L. 312-1 CASF) ;
- les personnes physiques qui exercent à titre individuel et habituel les mesures de protection des majeurs ordonnées par l'autorité judiciaire au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d'accompagnement judiciaire (art. L. 472-1 CASF) ;

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

- des agents désignés par les établissements et les services qui accueillent des personnes âgées ou qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale (art. L. 472-6 CASF) ;
- des agents désignés par les établissements et les services, y compris les foyers d'accueil médicalisé, qui accueillent des personnes adultes handicapées, quel que soit leur degré de handicap ou leur âge, ou des personnes atteintes de pathologies chroniques, qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale ou bien qui leur assurent un accompagnement médico-social en milieu ouvert (art. L. 472-6 CASF).

La formation de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (terme générique désignant la profession exercée par les curateurs et tuteurs) est définie par l'arrêté du 2 janvier 2009 *relatif à la formation complémentaire préparant aux certificats nationaux de compétence de mandataire judiciaire à la protection des majeurs et de délégué aux prestations familiales*. Il existe même un Diplôme d'Université de mandataire judiciaire à la protection des majeurs, qui permet la délivrance du certificat national de compétence.

4. LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Le mandat de protection future, créé par la loi du 5 mars 2007 applicable au 1er janvier 2009, permet à *toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle* (art. 477 CC) d'anticiper l'organisation de sa propre protection, en désignant *une ou plusieurs personnes* de son choix, pour la représenter au cas où elle ne pourrait, un jour, *plus pourvoir seule à ses intérêts* (idem). Les parents ou le dernier vivant des père et mère, s'ils exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur, peuvent, si cet enfant ne peut pas pourvoir seul à ses intérêts, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter : cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède, ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé (idem). Cette disposition ne concerne que les enfants qui, majeurs, sont ou seront dans l'impossibilité de pourvoir seuls à leurs

intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, de leurs facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de leur volonté, c'est-à-dire qui sont accessibles, adultes, à une mesure de protection. Elle n'est en aucun cas un moyen pour les parents de désigner celui qui, s'ils devaient décéder, devra prendre en charge leur enfant mineur (voir à ce sujet le chapitre consacré à l'autorité parentale).

Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Le mandat sous seing privé peut être contresigné par un avocat. Le décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 *relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé* définit le modèle du mandat sous seing privé qui est contresigné par un avocat. Une notice d'information, dont le contenu est précisé par un arrêté du 30 novembre 2007 *relatif à la notice d'information jointe au modèle de mandat de protection future sous seing privé*, est disponible en ligne (sur le site www.vos-droits.justice.gouv.fr).

Le mandat qui permet aux parents de désigner un ou plusieurs mandataires ne peut être conclu que par acte notarié.

Le mandataire peut être une personne physique librement choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Il doit jouir de la capacité civile. Il ne peut être déchargé de ses fonctions qu'avec l'autorisation du juge des tutelles une fois sa mission entamée. Le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Le mandataire doit produire au greffe du tribunal d'instance le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin expert agréé. Tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution (art. 484 CC).

La loi 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs* a été accompagnée de la parution d'un certain nombre de décrets d'application :

- Décret 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé
- Décret 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

– Décret 2008-1485 du 22 décembre 2008 relatif à la tarification des certificats et avis médicaux établis dans le cadre des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs
– Décret 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle (pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil)
– Décret 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales (Charte des droits et libertés de la personne majeure protégée, Notice d'information)

HO et HDT sont dans un bateau...

L'hospitalisation psychiatrique d'une personne malade peut être libre ou sous contrainte : l'hospitalisation libre (HL) est le régime habituel, le malade signe lui-même son admission quand il consent aux soins. Il existe deux hospitalisations sous contrainte : l'hospitalisation sur demande d'un tiers (HDT), et l'hospitalisation d'office (HO). Le malade en hospitalisation libre peut décider de quitter l'hôpital quand il le souhaite, même contre avis médical : le médecin peut exiger qu'il signe une décharge (son refus est éventuellement constaté par deux témoins).

La personne hospitalisée, avec ou sans son consentement, conserve l'exercice de ses droits : *les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et la mise en œuvre de son traitement* (art. L. 3211-3 CSP). En tout état de cause, elle dispose du droit :

- de communiquer avec le représentant de l'État dans le département ou son représentant, le directeur général de l'agence régionale de santé ou son représentant, le juge du tribunal d'instance, le président du tribunal de grande instance ou son délégué, le maire de la commune ou son représentant et, au moins une fois par trimestre, le procureur de la République dans le ressort duquel est situé l'établissement (art. L. 3222-4 CSP) ;
- de saisir la commission départementale des hospitalisations psychiatriques (art. L. 3222-5 CSP) ;
- de prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix ;
- d'émettre ou de recevoir des courriers ;
- de consulter le règlement intérieur de l'établissement et de recevoir les explications qui s'y rapportent ;
- d'exercer son droit de vote ;
- de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix.

☞



En toutes circonstances, sa dignité doit être respectée, et sa réinsertion recherchée. Elle doit être informée dès l'admission et par la suite, à sa demande, de sa situation juridique et de ses droits.

L'hospitalisation sur demande d'un tiers (HDT)

L'hospitalisation sur demande d'un tiers est, comme son nom le laisse deviner, demandée par un tiers, qui signe, à l'hôpital (le tiers doit se déplacer), la demande manuscrite d'admission. Les services psychiatriques répètent volontiers que l'HDT ne peut concerner qu'une personne majeure, que seuls les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale peuvent signer la demande d'admission d'un mineur, à défaut d'une HO, mais il n'y a nulle trace dans la loi d'une telle réserve, et l'article L. 3211-12 CSP tendrait à prouver le contraire... Le tiers peut être un membre de la famille, un proche ou une personne agissant dans l'intérêt du malade, *à l'exclusion des personnels soignants dès lors qu'ils exercent dans l'établissement d'accueil* (art. L. 3212-1 CSP).

L'hospitalisation sur demande d'un tiers n'est possible que si *ses troubles rendent impossible son consentement* et si *son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier* (idem).

La demande d'admission est accompagnée de deux certificats médicaux datant de moins de quinze jours et circonstanciés (idem) : le premier doit être établi par un médecin n'exerçant pas dans l'établissement, le second par un autre médecin qui peut exercer dans l'établissement accueillant le malade. En cas de péril imminent pour la santé du malade et à titre exceptionnel, le directeur de l'établissement peut prononcer l'admission au vu d'un seul certificat médical émanant éventuellement d'un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil (art. L. 32312-3 CSP). Un troisième certificat est établi dans les vingt-quatre heures, par un troisième médecin, psychiatre de l'établissement d'accueil (art. L. 3212-4 CSP) : copie de l'ensemble est aussitôt adressé au préfet et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques. Le préfet, dans les trois jours, notifie l'hospitalisation au procureur de la République près le TGI dans le ressort duquel se trouve le domicile de la personne hospitalisée, et au procureur de la République près le TGI dans le ressort duquel est situé l'établissement (art. L. 3212-5 CSP). Un nouveau certificat est établi *dans les trois jours précédant l'expiration des quinze premiers jours de l'hospitalisation* (art. L. 3212-7 CSP), qui peut prolonger l'hospitalisation pour une durée maximale d'un mois. Elle peut ensuite être maintenue pour des périodes maximales d'un mois, renouvelables selon les mêmes modalités : la levée de l'hospitalisation est acquise faute de certificat.

Afin de favoriser la guérison, la réadaptation ou la réinsertion sociale, les personnes qui ont fait l'objet d'une hospitalisation sur demande d'un tiers peuvent bénéficier d'aménagements de leurs conditions de traitement sous forme de sorties d'essai (article L. 3211-11 CSP). La sortie d'essai comporte une surveillance médicale. Sa durée ne peut dépasser trois mois. Elle est renouvelable. Elles peuvent aussi, pour motif thérapeutique ou si des démarches extérieures s'avèrent nécessaires, bénéficier d'autorisations de sorties de l'établissement pour une durée maximale de douze heures. La personne

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit



malade est accompagnée par un ou plusieurs membres du personnel de l'établissement pendant toute la durée de la sortie (art. L. 3211-11-1 CSP).

Il est mis fin à la mesure d'hospitalisation *dès qu'un psychiatre de l'établissement certifie que les conditions de l'hospitalisation sur demande d'un tiers ne sont plus réunies* (art. L. 3212-8 CSP). Il établit un certificat circonstancié qui doit mentionner *l'évolution ou la disparition des troubles ayant justifié l'hospitalisation*. Le directeur de l'établissement en informe dans les vingt-quatre heures le préfet, la commission départementale des hospitalisations psychiatriques, les procureurs de la République avisés et la personne qui a demandé l'hospitalisation.

Le préfet peut à tout moment ordonner la levée immédiate d'une hospitalisation à la demande d'un tiers lorsque les conditions de l'hospitalisation ne sont plus réunies (idem). La levée de l'hospitalisation peut également être requise par (art. L. 3212-9 CSP) :

- le curateur ;
- le conjoint ou la personne justifiant qu'elle vit en concubinage avec le malade ;
- les ascendants s'il n'y a pas de conjoint ;
- les descendants majeurs s'il n'y a pas d'ascendants ;
- la personne qui a signé la demande d'admission, à moins qu'un parent, jusqu'au sixième degré inclus, ne s'y oppose ;
- la personne autorisée à cette fin par le conseil de famille ;
- la commission départementale des hospitalisations psychiatriques.

Si les conditions sont réunies, le directeur de l'établissement, opposé à la sortie, peut saisir le préfet pour requérir une hospitalisation d'office (HO). Il peut prendre un arrêté provisoire d'hospitalisation d'office, caduque au terme d'une durée de quinze jours s'il n'est pas confirmé (article L. 3213-6 CSP).

La personne hospitalisée sans son consentement, son tuteur si elle est mineure, son tuteur ou son curateur, son conjoint, son concubin, un parent ou une personne susceptible d'agir dans son intérêt, peuvent, à quelque époque que ce soit, se pourvoir par simple requête devant le juge des libertés et de la détention (JLD) du tribunal de grande instance du lieu où se trouve l'établissement (art. L. 3211-12 CSP). Il statue en référé après débat contradictoire (il entend chacune des parties), il fait les vérifications nécessaires et ordonne, s'il y a lieu, la sortie immédiate. La personne qui a demandé l'HDT ou le procureur de la République peut se pourvoir aux mêmes fins. Le JLD peut également se saisir d'office, à tout moment, pour ordonner qu'il soit mis fin à l'hospitalisation sans consentement : toute personne intéressée peut porter à sa connaissance les informations qu'elle estime utiles sur la situation d'un malade hospitalisé.

L'hospitalisation d'office (HO)

Le préfet et, à Paris, le préfet de police, peuvent prononcer, par arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié, l'hospitalisation d'office des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public (art. L. 3213-1 CSP). Le certificat médical circonstancié ne





peut émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement accueillant le malade. Les arrêtés préfectoraux sont motivés et énoncent avec précision les circonstances qui ont rendu l'hospitalisation nécessaire.

En cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, attesté par un avis médical ou, à défaut, par la notoriété publique, le maire et, à Paris, les commissaires de police arrêtent, à l'égard des personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes, toutes les mesures provisoires nécessaires, à charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au préfet qui statue sans délai et prononce, s'il y a lieu, un arrêté d'hospitalisation d'office (art. L. 3213-2 CSP). Ces mesures provisoires sont caduques au terme d'une durée de quarante-huit heures à défaut d'une décision préfectorale.

Le maire (à l'exception du maire de Paris et des maires d'arrondissement de Paris, Lyon et Marseille qui ne sont pas officiers de police judiciaire), peut donc ordonner une HO provisoire, qui doit être confirmée par le préfet dans les quarante-huit heures (art. L. 2212-2 et L. 2212-5 CGCT).

La personne hospitalisée est, dans les quinze jours, puis un mois après l'hospitalisation et ensuite au moins tous les mois (art. L. 3213-3 CSP) examinée par un psychiatre de l'établissement qui établit un certificat médical circonstancié confirmant ou infirmant, s'il y a lieu, les observations contenues dans le précédent certificat (idem). Il précise notamment les caractéristiques de l'évolution ou la disparition des troubles justifiant l'hospitalisation. Les certificats sont aussitôt transmis, par le directeur de l'établissement, au préfet et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques.

Afin de favoriser la guérison, la réadaptation ou la réinsertion sociale, les personnes qui ont fait l'objet d'une hospitalisation d'office peuvent bénéficier d'aménagements de leurs conditions de traitement sous forme de sorties d'essai (article L. 3211-11 CSP). La sortie d'essai comporte une surveillance médicale. Sa durée ne peut dépasser trois mois. Elle est renouvelable. Elles peuvent aussi, pour motif thérapeutique ou si des démarches extérieures s'avèrent nécessaires, bénéficier d'autorisations de sorties de l'établissement pour une durée maximale de douze heures. La personne malade est accompagnée par un ou plusieurs membres du personnel de l'établissement pendant toute la durée de la sortie (art. L. 3211-11-1 CSP).

Le préfet peut prononcer, dans les trois jours précédant l'expiration du premier mois d'hospitalisation (art. L. 3213-4 CSP), après avis motivé d'un psychiatre, le maintien de l'hospitalisation d'office pour une nouvelle durée de trois mois : au-delà, l'hospitalisation pourra être maintenue par le préfet pour des périodes de six mois maximum, renouvelables selon les mêmes modalités. La mainlevée de l'hospitalisation est acquise en l'absence de ces certificats dans les délais impartis. Le préfet peut à tout moment mettre fin à l'hospitalisation après avis d'un psychiatre ou sur proposition de la commission départementale des hospitalisations psychiatriques. Si un psychiatre déclare sur un certificat médical que la sortie peut être ordonnée, le directeur de l'établissement est tenu d'en référer dans les vingt-quatre heures au préfet qui statue sans délai (article L. 3213-5 CSP).

Les autorités judiciaires qui estiment que l'état mental d'une personne qui a bénéficié d'un classement sans suite pour cause d'irresponsabilité pénale (art. 122-1 CP), d'un

☞

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit



jugement ou arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public, avisent immédiatement le préfet, qui prend sans délai toute mesure utile, ainsi que la commission départementale des hospitalisations psychiatriques (art. L. 3212-7 CSP). Il ne peut être mis fin à ces hospitalisations d'office que sur les décisions conformes de deux psychiatres n'appartenant pas à l'établissement et choisis par le préfet sur une liste établie par le procureur de la République (art. L. 3213-8 CSP) : ces deux décisions doivent résulter de deux examens séparés et concordants, elles doivent établir que l'intéressé n'est plus dangereux ni pour lui-même ni pour autrui (idem). Le préfet avise alors dans les vingt-quatre heures le procureur de la République près le TGI dans le ressort duquel est situé l'établissement, le maire du domicile et la famille de la personne hospitalisée, de toute hospitalisation d'office, de tout renouvellement et de toute sortie (art. L. 3213-9 CSP).

La personne hospitalisée sans son consentement, son tuteur si elle est mineure, son tuteur ou son curateur, son conjoint, son concubin, un parent ou une personne susceptible d'agir dans son intérêt, peuvent, à quelque époque que ce soit, se pourvoir par simple requête devant le juge des libertés et de la détention (JLD) du tribunal de grande instance du lieu où se trouve l'établissement (art. L. 3211-12 CSP). Il statue en référé après débat contradictoire (il entend chacune des parties), il fait les vérifications nécessaires et ordonne, s'il y a lieu, la sortie immédiate. La personne qui a demandé l'HDT ou le procureur de la République peut se pourvoir aux mêmes fins. Le JLD peut également se saisir d'office, à tout moment, pour ordonner qu'il soit mis fin à l'hospitalisation sans consentement : toute personne intéressée peut porter à sa connaissance les informations qu'elle estime utiles sur la situation d'un malade hospitalisé.

Le juge des enfants peut décider de confier le mineur à un établissement recevant des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux, après avis médical circonstancié d'un médecin extérieur à l'établissement, pour une durée ne pouvant excéder quinze jours (art. 375-9 CC). La mesure peut être renouvelée, après avis médical conforme d'un psychiatre de l'établissement d'accueil, pour une durée d'un mois renouvelable (idem).

Chapitre 13

Le décès, l’absence et la disparition

PLAN DU CHAPITRE

1. Le décès **231**

2. La disparition **233**

3. L'absence **234**

La recherche dans l'intérêt des familles (RIF) 235

La présomption d'absence 236

La déclaration d'absence 236

Le retour de l'absent 237

LE DÉCÈS met fin à la personnalité juridique : il est une cause de mort certaine, certifiée par un acte de décès rédigé par un officier de l'état civil sur présentation d'un certificat médical. Les mécanismes de l'absence et de la disparition permettent de pallier aux incertitudes qui peuvent survenir quant à la mort d'un individu : la disparition est une cause de mort quasi-certaine, l'absence, une cause probable.

1. LE DÉCÈS

Le décès doit être médicalement constaté : le médecin rédige un « certificat de constatation de décès », qui est indispensable à l'officier de l'état civil ou à l'officier de l'état civil délégué pour dresser un acte de décès avant de délivrer un permis d'inhumer. Le décès doit être déclaré dans les vingt-quatre heures, mais il n'existe aucune sanction en cas d'inobservation de ce délai.

L'acte est rédigé, sur la déclaration d'un parent ou de toute autre personne, dans la commune où le décès a eu lieu. Il est retranscrit en mention marginale de l'acte de naissance du défunt : c'est à l'officier de l'état civil ou à l'officier de l'état civil délégué de transmettre une expédition de l'acte à la mairie de naissance (une expédition est une copie intégrale avec toutes mentions marginales). Une expédition est également transmise à l'officier de l'état civil du dernier domicile connu : elle sera transcrite sur le registre des décès. Cette disposition ne s'applique pas aux villes divisées en arrondissements (Paris, Lyon et Marseille) lorsque le décès est survenu dans un arrondissement autre que celui où le défunt était domicilié.

L'inhumation ou le dépôt en caveau provisoire a lieu (art. R. 2213-33 CGCT) :

- si le décès s'est produit en France, vingt-quatre heures au moins et six jours au plus après le décès ;
- si le décès a eu lieu à l'étranger ou dans un territoire d'outre-mer, six jours au plus après l'entrée du corps en France.

Les dimanches et jours fériés ne sont pas compris dans le calcul de ces délais.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Le préfet du lieu de l'inhumation peut accorder des dérogations à ces délais, *dans des circonstances particulières* (idem).

Le décès des enfants âgés de moins de six ans est porté à la connaissance du médecin responsable du service de protection maternelle et infantile (PMI) du département dans lequel résident les parents (art. R. 2112-21 CSP).

Les greffiers criminels sont tenus d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution d'un condamné à mort, à l'officier de l'état civil du lieu où le condamné a été exécuté, tous les renseignements nécessaires à la rédaction de l'acte de décès (art. 83 CC) : la loi 81-908 du 9 octobre 1981 qui a aboli la peine de mort a oublié d'abroger cet article, qui existe toujours (depuis le 21 mars 1803). Il est de fait devenu caduc.

Le 29 avril 2010, un projet de loi de délégifération a été déposé à l'Assemblée nationale (un projet de loi émane d'un ou plusieurs parlementaires, députés ou sénateurs, une proposition de loi émane du Gouvernement : seuls le Gouvernement, dont ne fait pas partie le président de la République, et le Parlement ont en France l'initiative des lois). La délégifération est l'action de voter une loi qui n'a pour but que d'abroger une ou plusieurs autres lois : de simplifier la loi, en somme. Le projet prévoit d'abroger l'article 83 CC (article 1er de la loi de délégifération), et de supprimer les mots « ou d'exécution à mort » dans l'article 85 CC (article 2 de la loi de délégifération). Il prévoit également d'abroger la loi du 26 brumaire an VIII (article 3 de la loi de délégifération), c'est-à-dire du dimanche 17 novembre 1799. La loi du 26 brumaire an VIII est célèbre : elle interdit aux femmes de s'habiller en homme *dans les quatre-vingt-une communes du département de la Seine et les communes de Saint-Cloud, Sèvres et Meudon*, c'est-à-dire de porter un pantalon, à moins d'obtenir une autorisation préfectorale, mais *cette autorisation ne peut être donnée qu'au vu d'un certificat d'un officier de santé.*

Rosa Bonheur (1822-1899), peintre célèbre (on lui doit entre autres une *Foire aux chevaux* exposée au *Metropolitan Museum ou Art* de New York), a été la première femme (en 1865) à recevoir la Légion d'Honneur des mains mêmes de l'impératrice Eugénie. Elle portait les cheveux courts et s'habillait de pantalons grâce à un permis de police renouvelable tous les six mois qui lui accordait *pour raison de santé*, à s'habiller en homme, sans qu'elle puisse, sous ce travestissement, paraître aux Spectacles, bals et autres lieux de réunion ouverts au public.

Deux circulaires préfectorales ont assoupli cette interdiction en autorisant le port du pantalon *si la femme tient par la main les rênes d'un cheval* (1892) *ou un guidon de bicyclette* (1909).

La loi du 26 brumaire an VIII n'a jamais été abrogée, elle est donc toujours valable, mais plus personne ne la respecte, ni ne la fait respecter (même

> si, en théorie, un policier peut, à Paris et en petite couronne, verbaliser les femmes portant des pantalons) : on dit d'une telle loi qu'elle est « tombée en désuétude ».

En cas *de signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le soupçonner* (art. 81 CC), l'inhumation ne pourra être effectuée qu'avec l'accord de l'autorité judiciaire, c'est-à-dire du procureur de la République ou du juge d'instruction tant qu'il existe (du JEL ensuite, probablement). Lorsque le corps d'une personne décédée ne peut pas être identifié, un acte de décès doit être dressé par l'officier de l'état civil du lieu présumé du décès, quel que soit le temps écoulé entre le décès et la découverte du corps. Il doit à défaut d'identité comporter son signalement complet. Il sera éventuellement rectifié lorsque le corps sera identifié.

Le décès dissout le mariage. Il entraîne l'ouverture de la succession.

2. LA DISPARITION

Le décès doit être médicalement constaté : dans certaines situations consécutives à un événement tragique (tsunami, tremblement de terre, catastrophe aérienne ou maritime...), la mort ne fait aucun doute, mais le corps n'est pas retrouvé. On parle alors de mort quasi-certaine : c'est la disparition. En droit, un disparu est mort, mais il n'est pas décédé. En langage populaire, on a tendance à traiter de disparu un absent.

Sans certificat de constatation de décès, le décès est judiciairement déclaré par le tribunal de grande instance *à la requête du procureur de la République ou des parties intéressées* (art. 88 CC), mais, en tout cas, *par l'intermédiaire* du procureur (art. 90 CC).

La disparition doit avoir eu lieu *dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé* (art. 88 CC). Elle concerne les Français disparus *en France ou hors de France*, et les étrangers ou apatrides disparus sur un territoire relevant de l'autorité de la France, à bord d'un bâtiment ou aéronef français, ou à l'étranger pour ceux qui avaient leur domicile ou leur résidence habituelle en France (idem).

La requête est présentée au tribunal de grande instance du lieu de la disparition *si celle-ci s'est produite sur un territoire relevant de l'autorité*

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

de la France, sinon au tribunal du domicile ou de la dernière résidence du défunt ou du disparu ou, à défaut, au tribunal du lieu du port d'attache de l'aéronef ou du bâtiment qui le transportait (art. 89 CC) : *à défaut de tout autre, le tribunal de grande instance de Paris est compétent* (idem). Une requête collective peut être présentée au tribunal du lieu de la disparition, à celui du port d'attache du bâtiment ou de l'aéronef ou, à défaut, au tribunal de grande instance de Paris, si plusieurs personnes ont disparu au cours du même événement.

L'affaire est instruite et jugée en chambre du conseil (les débats ne sont pas publics). Le tribunal examine les preuves qui lui sont présentées. L'avocat n'est pas obligatoire. La procédure est gratuite. Le tribunal peut déclarer le décès dont il fixe la date *en tenant compte des présomptions tirées des circonstances de la cause et, à défaut, au jour de la disparition* (art. 90 CC) : *elle ne doit pas rester indéterminée* Le tribunal peut refuser de déclarer le décès s'il estime ne pas disposer d'assez d'éléments de preuve : le présumé disparu sera considéré comme absent jusqu'à ce que sa disparition soit établie. Il peut ordonner une enquête complémentaire sur les circonstances de la disparition.

Lorsqu'il estime disposer d'assez d'éléments, il rend un jugement déclaratif de décès qui est transcrit par l'officier de l'état civil ou l'officier de l'état civil délégué dans le registre des décès du lieu réel ou présumé du décès (le cas échéant : dans celui du lieu du dernier domicile connu). Le jugement déclaratif de décès tient lieu d'acte de décès. Il est opposable aux tiers.

Le jugement déclaratif de décès dissout le mariage. Il entraîne, comme le décès, l'ouverture de la succession.

Si le disparu revient une fois prononcé le jugement déclaratif de décès, le procureur de la République ou tout intéressé peut demander au tribunal l'annulation du jugement (art. 92 CC). Elle sera mentionnée en marge de sa transcription.

3. L'ABSENCE

Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère

public, *constater qu'il y a présomption d'absence* (art. 112 CC) : aucun événement ne peut laisser penser que cette personne est décédée, contrairement à la disparition, consécutive à un événement. Le juge des tutelles prononce un jugement de présomption d'absence. Il attend en général les résultats de la recherche dans l'intérêt des familles (RIF).

> Michel Serrault, dans le film d'Étienne Chatiliez, *Le bonheur est dans le pré* (1995) joue le rôle d'un faux absent qui joue les revenants pour échapper à un pesant quotidien. Serge Reggiani, dans la chanson *L'Italien*, chante : *je rentre un peu tard je sais, dix-huit ans de retard c'est vrai, mais j'ai trouvé mes allumettes dans une rue du Massachusetts...*

La recherche dans l'intérêt des familles (RIF)

Il est possible de faire rechercher une personne majeure dont on n'a pas de nouvelles, par exemple pour accomplir certaines formalités (succession, indivision) : il suffit d'avoir un lien de proche parenté ou d'alliance avec la personne recherchée.

L'adresse de la personne majeure retrouvée ne sera communiquée au demandeur que si l'absent y consent.

La fugue est légale pour les majeurs. Elle n'est pas pénalisée pour les mineurs, mais, puisque *l'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale* (art. 371-3 CC), les services de police ont pour mission de rechercher et de ramener l'enfant chez lui.

Néanmoins, *lorsque la disparition d'un mineur ou d'un majeur protégé vient d'intervenir ou d'être constatée, les officiers de police judiciaire, assistés le cas échéant des agents de police judiciaire, peuvent, sur instructions du procureur de la République, procéder aux actes prévus par les articles 56 à 62* (du CPP), *aux fins de découvrir la personne disparue* (art. 74-1 CPP). Si, à l'issue d'un délai de huit jours, le *mineur ou le majeur protégé* n'a toujours pas été retrouvé, ces investigations peuvent se poursuivre dans les formes de l'enquête préliminaire (idem). Le procureur de la République peut également requérir l'ouverture d'une information judiciaire *pour recherche des causes de la disparition* (idem). Ces dispositions sont également applicables en *cas de disparition d'un majeur présentant un caractère inquiétant ou suspect eu égard aux circonstances, à l'âge de l'intéressé ou à son état de santé* (idem).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Les recherches dans l'intérêt des familles sont effectuées par le service préfectoral des recherches dans l'intérêt des familles (police nationale, gendarmerie), au niveau régional d'abord, puis sur l'ensemble du territoire national, pendant l'année en cours et l'année suivante. Si, dans un délai de six mois à partir du début des recherches au niveau national, la personne n'a pas été retrouvée, un certificat de « vaines recherches » peut être délivré au demandeur, qu'il doit remettre au juge des tutelles pour déclencher la procédure de présomption d'absence.

La présomption d'absence

Le juge des tutelles qui rend un jugement de présomption d'absence organise la protection des intérêts du présumé absent, sur le même mode que l'administration légale sous contrôle judiciaire (voir le chapitre consacré à l'autorité parentale relative aux biens du mineur). Il désigne *un ou plusieurs parents ou alliés, ou, le cas échéant, toutes autres personnes pour représenter la personne présumée absente dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel elle serait intéressée, ainsi que pour administrer tout ou partie de ses biens* (art. 113 CC). L'administrateur gère comme un tuteur sans conseil de famille les biens de l'absent. Il assure sa représentation légale : il peut en son nom accepter une succession, ou résilier le bail du logement s'il ne lui est plus possible de payer le loyer... Le juge peut fixer *les sommes qu'il convient d'affecter annuellement à l'entretien de la famille, ou aux charges du mariage* (art. 114 CC). Le juge des tutelles *spécifie aussi comment sont réglées les dépenses d'administration ainsi qu'éventuellement la rémunération qui peut être allouée à la personne chargée de la représentation du présumé absent et de l'administration de ses biens* (idem). Il peut mettre fin à tout moment *à la mission de la personne ainsi désignée, il peut également procéder à son remplacement* (art. 115 CC).

La déclaration d'absence

Dix ans après le jugement de présomption d'absence, le tribunal de grande instance, à la demande de toute partie intéressée, ou du ministère public, peut rendre un jugement déclaratif d'absence (art. 122 CC). Le jugement déclaratif d'absence pourra être prononcé dans

les mêmes conditions s'il n'a pas été rendu de jugement de présomption d'absence, lorsque *la personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis plus de vingt ans* (idem).

Le TGI attend pour statuer que des extraits de la requête aux fins de déclaration d'absence soient publiés dans deux journaux diffusés dans le département, dans le pays du domicile ou de la dernière résidence du présumé absent, aux frais de la partie qui présente la requête. Le jugement déclaratif d'absence est rendu un an au moins après leur publication. Il est à son tour publié. Il est ensuite transcrit, à la requête du procureur de la République, sur le registre des décès du lieu du domicile de l'absent ou de sa dernière résidence, mention de cette transcription est portée en marge de l'acte de naissance de la personne déclarée absente (art. 127 CC). Le jugement déclaratif d'absence a les mêmes effets que le décès : ouverture de la succession, veuvage du conjoint qui peut contracter un nouveau mariage (art. 128 CC) et fin de la personnalité juridique.

Le retour de l'absent

Lorsque le présumé absent reparaît ou donne de ses nouvelles, il est mis fin à sa demande, par le juge des tutelles, aux mesures prises pour sa représentation et pour l'administration de ses biens (art. 118 CC). Il recouvre alors les biens gérés ou acquis pour son compte durant la période de l'absence.

Lorsque le déclaré absent revient, ou si son existence est prouvée alors que le jugement déclaratif d'absence est devenu définitif, son annulation peut être demandée au tribunal de grande instance par le procureur de la République et par toute partie intéressée. L'annulation est portée en marge du jugement déclaratif d'absence et sur tout registre qui y fait référence (art. 129 CC). L'absent retrouve ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent (art. 130 CC), mais son mariage reste dissous (art. 132 CC).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Partie 3

L'autorité parentale et la protection de l'enfance

Chapitre 14 **Généralités sur l'autorité parentale** 241

Chapitre 15 **L'acquisition et le retrait de l'autorité parentale** 251

Chapitre 16 **L'exercice de l'autorité parentale** 263

Chapitre 17 **L'autorité parentale et les tiers** 277

Chapitre 18 **Les attributs de l'autorité parentale** 291

Chapitre 19 **La protection de l'enfant en danger, ou en risque de l'être** 313

Chapitre 14

Généralités sur l'autorité parentale

PLAN DU CHAPITRE

1. **L'autorité parentale appartient aux père et mère** **243**

2. **L'autorité parentale permet aux père et mère de protéger l'enfant** **243**

3. **L'autorité parentale confère des droits, des devoirs et des obligations** **244**

4. **L'autorité parentale est une notion récente** **245**

5. **L'évolution de l'autorité parentale s'inscrit dans l'évolution des droits reconnus aux femmes** **248**

6. **L'autorité parentale permet d'être, elle ne permet pas de faire** **249**

L'autorité parentale est définie dans le Code civil, depuis la réforme du 4 mars 2002, comme *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* (art. 371-1 CC).

1. L'AUTORITÉ PARENTALE APPARTIENT AUX PÈRE ET MÈRE

Elle *appartient aux père et mère* (idem), et exclusivement aux père et mère : nulle autre personne ne peut en être titulaire, même si les parents sont décédés, hors le cas d'une adoption, simple ou plénière. Le tuteur, les grands-parents, l'aide sociale à l'enfance (etc.), ne sont jamais titulaires de l'autorité parentale, même s'ils peuvent, dans certains cas, s'en voir déléguer l'exercice : il va donc être primordial, dans cette troisième partie, de bien intégrer la différence entre ces deux notions complémentaires. Il faut pour cela comprendre et admettre que l'on peut exercer une autorité parentale que l'on n'a pas, que l'on peut aussi être privé du droit d'exercer une autorité parentale dont on est titulaire.

Elle *appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant* (art. 371-1 CC) : la majorité et l'émancipation de l'enfant (et jadis son mariage, puisqu'il émancipait d'office), mettent donc un terme à l'autorité parentale, bien que la jurisprudence ait plusieurs fois considéré que l'autorité parentale perdure toute la vie comme « autorité morale ». Rappelons par exemple que *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* (art. 371 CC). La majorité et l'émancipation de l'enfant mettent donc surtout un terme à l'exercice de l'autorité parentale : les parents restent les parents, mais ils cessent d'exercer les droits dont leur enfant jouit depuis sa naissance, ils cessent aussi d'être ses représentants légaux.

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

2. L'AUTORITÉ PARENTALE PERMET AUX PÈRE ET MÈRE DE PROTÉGER L'ENFANT

L'autorité parentale permet aux père et mère de protéger l'enfant *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et*

permettre son développement, dans le respect dû à sa personne (idem). Il a été envisagé d'ajouter à cet alinéa qu'ils doivent s'abstenir *à son égard de toute punition corporelle et de tout traitement humiliant*, ce qui constituerait les prémices d'une loi « anti-fessée » réclamée par bon nombre d'associations et de professionnels, et par la Cour européenne des droits de l'Homme. Lors de la création de l'autorité parentale, le 3 juin 1970, les père et mère avaient *droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* (ancien art. 371-2 CC).

3. L'AUTORITÉ PARENTALE CONFÈRE DES DROITS, DES DEVOIRS ET DES OBLIGATIONS

Les parents ont des droits et des devoirs, qu'ils exercent comme ils veulent : c'est leur liberté d'éducation. Ils ont aussi des obligations et des interdictions, dont le non-respect peut entraîner une sanction pénale.

La scolarité est un droit pour les enfants et une obligation pour leurs parents : *l'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six ans et seize ans* (art. L. 131-1 CE). L'obligation scolaire, instaurée le 28 mars 1882 par Jules Ferry, ministre de l'instruction publique, est obligatoire jusqu'à seize ans depuis le 6 janvier 1959 : elle était à sa création obligatoire, « gratuite, laïque et égalitaire » jusqu'à treize ans, puis le Front Populaire l'a prolongée jusqu'à quatorze ans le 9 août 1936. L'instruction peut être donnée dans un établissement scolaire public ou privé, mais aussi dans la famille, *par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix* (art. L. 131-2 CE). Les *personnes responsables d'un enfant soumis à l'obligation scolaire [...], doivent le faire inscrire dans un établissement d'enseignement public ou privé, ou bien déclarer au maire et à l'inspecteur d'Académie, directeur des services départementaux de l'éducation nationale, qu'elles lui feront donner l'instruction dans la famille* (art. L. 131-5 CE) : le non-respect de l'obligation scolaire est un délit qui peut être sanctionné de *six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende* (art. 227-17-1 CP).

Les parents ont envers leur enfant une obligation alimentaire qui *ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* (art. 371-2 CC).

Cette obligation est réciproque (voir le chapitre consacré aux obligations alimentaires). Le non-respect de cette obligation alimentaire est un délit qualifié d'abandon de famille puni de *deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* (art. 227-3 CP). L'abandon de famille est un abandon pécuniaire : impossible de l'assimiler à l'abandon du domicile conjugal, qui n'existe pas et n'a jamais existé en droit français. Le non-paiement d'une obligation alimentaire au profit d'un enfant mineur peut aussi entraîner la suspension de l'exercice de l'autorité parentale prévu par l'article 373 du Code civil. Le père divorcé a donc un droit de visite qu'il n'est en aucun cas obligé d'exercer, il a aussi une obligation de verser la pension dont le montant, indexable et révisable, est déterminé par le juge aux affaires familiales.

4. L'AUTORITÉ PARENTALE EST UNE NOTION RÉCENTE

L'autorité parentale est instaurée le 4 juin 1970 (la nouvelle loi est applicable au 1er janvier 1971), elle remplace la puissance paternelle (*patria potestas*) héritée du droit romain : le Code civil des Français, promulgué le 21 mars 1804 par Napoléon Bonaparte, construit la famille autour de ce principe de « puissance paternelle ». Le père est alors le chef de famille (*pater familias*) dont les enfants (et la femme) portent le nom, le nom patronymique. Le père cesse, le 1er janvier 1971, d'être le chef de famille, et le nom s'appelle « de famille » depuis le 1er janvier 2005 (la loi 2002-304 du 4 mars 2002, applicable au 1er janvier 2005, autorise les parents, mariés ou non, à donner à leur enfant le nom de son père, de sa mère ou des deux, accolés dans l'ordre de leur choix).

On est, à Rome, enfant jusqu'à sept ans, avant de devenir *impuberes* jusqu'à douze ans (filles) et quatorze ans (garçons), puis *puberes* (du latin *pubertas*, puberté, issu de *pubes*, poils, barbe, duvet) jusqu'à la majorité, alors fixée à 25 ans (elle le restera en France, jusqu'à la Révolution). Le mot « enfant » vient du latin *infans*, *infantis*, qui ne parle pas : on retrouve dans *infans* le verbe *fari*, parler, dire, qui a donné fable, fabuleux ou préface (littéralement : avant de parler). En grec ancien, « enfant » se dit *païs, païdos* (d'où pédiatrie et pédagogie), mais *païs* désigne aussi l'esclave...

La loi 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale* complète l'ordonnance du 23 décembre 1958 *relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger*, en limitant les droits du père et en autorisant la justice à s'immiscer dans les familles pour protéger les enfants. L'ordonnance a créé l'assistance éducative, confiée au juge des enfants qui, depuis le 2 février 1945, n'est qu'un juge pénal). Le droit paternel d'incarcération, institué en 1804 et réduit en 1935, est supprimé.

La loi 87-570 dite Malhuret du 22 juillet 1987 (Claude Malhuret a été le secrétaire d'État chargé des droits de l'Homme du gouvernement de cohabitation, de 1986 à 1988) étend l'autorité parentale conjointe à tous les parents, même non mariés, séparés ou divorcés : la loi du 4 juin 1970 la réservait aux familles légitimes, c'est-à-dire à celles où papa était marié avec maman (et réciproquement). L'autorité parentale, dans les familles naturelles, ou après un divorce, une séparation, était confiée à un seul des deux parents, dépossédant l'autre de tout droit.

La loi Malhuret fait disparaître la notion de « garde » de l'enfant, qu'elle remplace par la résidence et l'hébergement : c'est un premier pas vers la résidence d'aujourd'hui, qui est forcément alternée, même si ce n'est pas précisé dans le jugement, qui n'est d'ailleurs à ce sujet qu'indicatif quand les deux parents exercent l'autorité parentale. Claude Malhuret résume à l'époque sa loi en une phrase, qui résume bien ce qu'est devenue l'autorité parentale vingt-cinq ans plus tard : il convient, dit-il, de « substituer le couple parental au couple conjugal ».

La loi 93-22 du 8 janvier 1993 *modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales* continue dans le même sens : elle améliore l'égalité entre parents. Elle améliore aussi le sort des parents non mariés. Elle transforme le juge aux affaires matrimoniales (JAM), juge du divorce, donc des familles mariées, en juge aux affaires familiales (JAF), juge de « toutes les familles ». Elle sépare les deux notions que sont l'autorité parentale et son exercice. Elle attribue au JAF la compétence exclusive de l'exercice de l'autorité parentale.

La loi 96-604 du 5 juillet 1996 *relative à l'adoption* modifie les articles 378 et 378-1 du Code civil : elle transforme la déchéance de l'autorité parentale, terme trop infamant, en retrait de l'autorité parentale.

La loi 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* consacre définitivement l'égalité entre le père et la mère. Elle supprime de fait le droit de visite et d'hébergement, qui n'a plus aucune valeur (indicatif, il est toujours attribué *a minima* et « à défaut d'un meilleur accord »). L'autorité parentale s'exerce (enfin ?) dans l'intérêt de l'enfant, qui doit désormais, par ses parents, être associé *aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* (art. 371-1 CC).

> La Cour de cassation a plusieurs fois cassé et annulé des arrêts rendus par les cours d'appel sans que l'enfant n'ait été entendu, alors qu'il en avait fait la demande (modification de résidence pour un enfant de 15 ans, 1re chambre civile, 18 mai 2005). Elle a également rappelé, récemment, que « le juge doit auditionner l'enfant qui en fait la demande par tous moyens » (1re chambre civile, 15 avril 2010).

La loi 2002-305 du 4 mars 2002 supprime également l'obligation, pour le père non marié, d'être domicilié avec la mère pour obtenir automatiquement, loin de la reconnaissance, l'exercice de l'autorité parentale (ancien art. 372 CC). Elle prévoit que, *par dérogation à toutes dispositions contraires, les enfants de parents tous deux assurés d'un régime d'assurance maladie et maternité peuvent être rattachés en qualité d'ayant droit à chacun des deux parents* (art. L. 161-15-3 CSS). Les modalités pratiques de ce rattachement sont prévues par le décret 2004-557 du 16 juin 2004 *relatif aux modalités de rattachement des ayants droit aux assurés et modifiant le Code de la sécurité sociale*.

L'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 *portant réforme de la filiation*, applicable au 1er juillet 2006, permet à la mère non mariée de ne plus reconnaître qu'elle est la mère de son enfant, à condition qu'elle soit désignée dans l'acte de naissance de l'enfant (art. 311-25 CC). Elle est toujours désignée dans l'acte de naissance de son enfant, sauf lorsqu'elle demande que *le secret de son admission et de son identité soit préservé* (art. 326 CC).

5. L'ÉVOLUTION DE L'AUTORITÉ PARENTALE S'INSCRIT DANS L'ÉVOLUTION DES DROITS RECONNUS AUX FEMMES

L'évolution de l'autorité parentale s'inscrit dans une période de dix ans, de 1965 à 1975, pendant lesquels les droits des femmes vont évoluer de manière importante.

Les femmes ont obtenu le droit de vote le 21 avril 1944, elles ont participé aux élections municipales du 29 avril 1945. Elles ont même disposé de l'autorité paternelle en l'absence du mari pour la durée de la première guerre mondiale (loi du 3 juin 1915), et la loi du 18 février 1938 qui a réduit la puissance maritale a aboli l'incapacité de la femme mariée, ce qui permet de transférer à la femme la qualité de chef de famille en cas d'empêchement du mari (dû à la guerre, par exemple).

Le 13 juillet 1965, les femmes sont autorisées par la loi à ouvrir, seules, un compte en banque (elles ne pouvaient, depuis le 9 avril 1881, ouvrir seules qu'un livret de caisse d'épargne), elles peuvent exercer une profession sans l'autorisation de leur mari (elles pouvaient tout de même, depuis le 13 juillet 1907, disposer de leur salaire). Elles obtiennent aussi l'autorisation de gérer seules leurs biens, mais elles devront attendre le 23 décembre 1985 et la modification de l'article 383 du Code civil pour exercer conjointement avec le père l'administration légale des biens de leur enfant : l'article 383 du Code civil est modifié (l'ancienne rédaction de l'article prévoyait que *l'administration légale est exercée par le père avec le concours de la mère*).

Le 28 décembre 1967, la loi Neuwirth autorise la contraception, qui sera remboursée par la Sécurité sociale à partir du 4 décembre 1974 (la même loi l'autorise alors aux mineures sans autorisation parentale). Le 17 janvier 1975 la loi Veil dépénalise l'avortement et complète la loi Neuwirth. Le congé maternité existe depuis 1909 : il dure huit semaines, mais il n'est pas rémunéré.

Le 11 juillet 1975, la réforme du divorce met les époux à égalité et dépénalise l'adultère, qui est toujours, aujourd'hui, contrairement à la rumeur, une cause de divorce pour faute : ainsi, « la preuve d'une relation adultère intervenue peu après l'ordonnance de non-conciliation constitue une violation grave et renouvelée des liens du mariage »

selon la 2e chambre civile de la cour d'appel de Lyon le 25 juin 2009. Même « l'introduction de la demande en divorce ne confère pas aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité privant de leurs effets normaux les faits dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre ». Bref : depuis 1804, la femme était passible d'un emprisonnement de trois mois à deux ans lorsqu'elle commettait l'adultère, l'homme, d'une simple amende, et seulement s'il entretenait sa concubine au domicile conjugal. Mais le législateur a tout prévu : *la femme doit obéissance à son mari* (ancien art. 213 CC), et elle est obligée *de le suivre partout où il juge à propos de résider* (ancien art. 214 CC). Jusqu'en 1938, elle ne pouvait même pas *ester en jugement sans l'autorisation de son mari* (ancien art. 215) : elle avait donc besoin de son accord pour demander le divorce !

6. L'AUTORITÉ PARENTALE PERMET D'ÊTRE, ELLE NE PERMET PAS DE FAIRE

Pour exercer l'autorité parentale, il faut être titulaire ou délégataire de son exercice : l'autorité parentale est un corollaire symbolique de la parentalité (qui n'est pas un terme juridique). L'autorité parentale ne permet pas d'agir, juste d'être : d'être parent. Tous les parents sont titulaires de l'autorité parentale : celui qui ne l'est pas, ou qui ne l'est plus, n'est pas, ou n'est plus, parent. Le géniteur dont la paternité ou la maternité ne sont pas établies n'est pas considéré comme parent : il n'a sur l'enfant aucun droit, même si, dans certains cas (action à fins de subsides), il peut être tenu de verser une pension alimentaire. L'autorité parentale est virtuelle : un parent titulaire de l'autorité parentale ne peut pas signer, autoriser, inscrire son enfant s'il n'est pas titulaire de l'exercice de cette autorité parentale, et le délégataire de l'exercice pourra lui aussi signer, autoriser, inscrire l'enfant, alors qu'il n'est pas titulaire... de l'autorité.

Un enfant mineur peut vivre sans titulaire de l'autorité parentale (il n'a pas de parents), il ne peut pas vivre, dans notre société organisée, sans titulaire de l'exercice de l'autorité parentale : c'est pour cette raison que l'exercice se délègue.

Le divorce et la séparation n'ont aucune incidence sur l'autorité parentale et sur son exercice.

Chapitre 15

L'acquisition et le retrait de l'autorité parentale

PLAN DU CHAPITRE

1. L'acquisition de l'autorité parentale et de son exercice dans la famille légitime 253

2. L'acquisition de l'autorité parentale et de son exercice dans la famille naturelle 256

3. L'acquisition de l'autorité parentale et de son exercice dans la famille adoptive 259

4. Le retrait de l'autorité parentale, le délaissement et l'abandon d'enfant 259

L'AUTORITÉ PARENTALE et son exercice s'acquièrent différemment si les parents sont ou non mariés l'un avec l'autre : dans la famille légitime, ils le sont (on ne peut plus évoquer la filiation légitime, qui a disparu en 2006 du Code civil, mais une famille où papa et maman sont mariés l'un avec l'autre est toujours une famille légitime), dans la famille naturelle, ils ne le sont pas. Le pacte civil de solidarité (PACS) et le concubinage n'ont aucune incidence sur la filiation, sur l'acquisition de l'autorité parentale et de son exercice : les pacsés et les concubins sont aux yeux de la loi des célibataires.

1. L'ACQUISITION DE L'AUTORITÉ PARENTALE ET DE SON EXERCICE DANS LA FAMILLE LÉGITIME

L'enfant qui naît dans une famille légitime est considéré comme l'enfant de ses deux parents, parce qu'ils sont mariés entre eux. On déduit du nom de la mère (elle a accouché : c'est un indice) le nom du père, son mari. Cette déduction n'est pas possible dans la famille naturelle puisque nul lien juridique ne relie entre eux le père et la mère (le PACS et le concubinage ne sont pas des liens juridiques). La déclaration de naissance (faite à la mairie du lieu de naissance dans les trois jours qui suivent l'accouchement) donne à la mère l'autorité parentale et son exercice. Elle donne au mari de la mère l'autorité parentale et son exercice grâce au principe de « présomption de paternité » qui prévoit que *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* (art. 312 CC).

La présomption de paternité peut bien évidemment être écartée, par exemple *lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père* (art. 313 CC) : rien n'empêche donc une femme mariée d'accoucher « sous son nom de jeune fille » c'est-à-dire sans préciser qu'elle est mariée. Le « nom de jeune fille » est en fait le nom de famille de la femme (l'ancien patronyme dit nom patronymique jusqu'au 1er janvier 2005), qu'elle porte depuis sa naissance et portera jusqu'à son décès, même si elle use du nom de famille de son mari (signe d'allégeance légitime, disait Napoléon).

La présomption de paternité est également écartée *en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention* [...] *soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation* (idem). La loi présume, c'est la période légale dite de conception, que *l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance* (art. 311 CC). La conception de l'enfant est *présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant* (idem).

Rien n'empêche par ailleurs le mari, dont la présomption de paternité a été écartée, de reconnaître qu'il est le père de l'enfant de son épouse (art. 315 CC), qu'il en soit ou non le géniteur. Lorsque la présomption de paternité a été écartée, *chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père* (art. 329 CC). L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité (idem).

Si la présomption de paternité n'a pas été écartée, et que le mari a quelques doutes sur la filiation ainsi établie, il peut la contester en rapportant la preuve qu'il n'est pas le père (art. 332 CC). Il dispose pour cela d'un délai de dix ans (art. 334 CC). L'enfant pourra contester que le mari de sa mère est son père, dans le même délai, qui est suspendu pendant sa minorité (il aura donc dix ans à partir du jour où il deviendra majeur, même s'il est émancipé).

La présomption de paternité écartée se trouve rétablie de plein droit *si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers* (art. 314 CC). La possession d'état est une présomption légale constituée de l'ensemble des éléments (des faits) qui peuvent laisser penser qu'untel possède de fait l'état dont il revendique le titre (l'ensemble des éléments qui peuvent laisser penser qu'untel possède l'état de fils légitime de Monsieur X dont il revendique le titre, c'est-à-dire la mention dans son acte de naissance). La possession d'état est l'apparence de posséder un état, en étant considéré par les autres (administration, parents, entourage) comme le possédant et exerçant les droits qui y sont attachés : cette apparence peut constituer une preuve. La possession d'état *doit être continue, paisible, publique et non équivoque* (art. 311-2 CC). Elle

s'établit *par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir* (art. 311-1 CC). Les principaux de ces faits sont :

- cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant, et elle-même les a traités comme son ou ses parents ;
- ceux-ci ont pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;
- cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille, et elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;
- elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue.

Un acte de notoriété peut être demandé *par chacun des parents ou l'enfant* [...], *dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu* (art. 317 CC) : il *fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire* (idem). La filiation ainsi établie sera *mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant* (idem). Avant de dresser un acte de notoriété, le juge (des tutelles), *s'il estime insuffisants les témoignages et documents produits, peut faire recueillir d'office par toute personne de son choix des renseignements sur les faits qu'il y a lieu de constater* (art. 1157 CPC). S'il délivre l'acte de notoriété qui constate la possession d'état d'enfant (naturel ou légitime), il en *donne aussitôt avis au procureur de la République du lieu où est détenu l'acte de naissance de l'intéressé* (art. 1157-1 CPC), ce qui permet au procureur de la République de faire *procéder à la mention du lien de filiation ainsi établi en marge de l'acte de naissance de l'enfant* (idem).

Le père biologique de l'enfant (le géniteur) peut aussi reconnaître qu'il est le père de cet enfant (en imaginant que le père biologique de l'enfant ne soit pas le mari). L'enfant entre alors dans une famille naturelle (voir la fiche suivante), composée d'une maman et d'un papa qui ne sont pas mariés entre eux (le « entre eux » fait toute la différence).

L'inceste (qui n'apparaît pas sous ce nom dans le Code pénal), est défini comme « une relation sexuelle entre parents à un degré pour lequel le mariage est prohibé ». S'il existe entre les père et mère de l'enfant un « empêchement à mariage pour cause de parenté », la filiation ne sera établie qu'à l'égard d'un seul des deux parents. Il sera interdit de

l'établir *à l'égard de l'autre, par quelque moyen que ce soit* (art. 310-2 CC).

Rappelons que l'inceste, s'il est consenti, n'est pénalisé que jusqu'à la majorité de l'enfant (art. 227-26 et 227-27 CP). L'inceste non consenti est bien évidemment pénalisé quel que soit l'âge de la victime (art. 222-24 CP).

Les « empêchements à mariage pour cause de parenté » sont les suivants : *le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* (art. 161 CC), il est prohibé *entre le frère et la sœur* (art. 162 CC), *entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* (art. 163 CC). Il est néanmoins *loisible au président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée, et par l'article 163 aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* (art. 164 CC).

2. L'ACQUISITION DE L'AUTORITÉ PARENTALE ET DE SON EXERCICE DANS LA FAMILLE NATURELLE

Dans la famille naturelle, papa et maman ne sont pas mariés entre eux. La famille, qui se crée par le mariage ou par la filiation, n'existe pas (encore). L'acquisition de l'autorité parentale et de son exercice sont moins simples que dans la famille légitime, puisque, du nom de la mère, on ne peut pas déduire celui du père. Néanmoins, les modalités de reconnaissance ont été assouplies :

- depuis le 4 mars 2002, le père n'a plus besoin, pour obtenir l'exercice de l'autorité parentale, d'être domicilié avec la mère (ancien art. 372 CC) ;
- depuis le 1er juillet 2006 (réforme de la filiation du 4 juillet 2005), la mère non mariée n'a plus l'obligation de reconnaître qu'elle est la mère de son enfant.

La mère qui déclare la naissance de son enfant obtient automatiquement l'autorité parentale et son exercice si son nom apparaît dans l'acte de naissance de l'enfant (art. 311-25 CC) : elle devait auparavant le reconnaître, comme le père, avant ou après la naissance, pour obtenir

l'exercice (la déclaration ne lui donnait que l'autorité parentale). Encore n'obtenait-elle l'exercice que si elle le reconnaissait avant qu'il atteigne l'âge d'un an : s'il avait plus d'un an, elle devait saisir le JAF après avoir reconnu l'enfant, pour qu'il lui attribue, ou non, l'exercice. La reconnaissance pouvait être prénatale, ou anticipée : on l'appelait alors aussi, de manière moins romantique, « sur le ventre ». L'accouchement anonyme est la seule possibilité, avec l'enfant trouvé, pour que le nom de la mère n'apparaisse pas dans l'acte de naissance.

La réforme de la filiation n'a guère modifié la situation du père non marié, qui n'accouche toujours pas, c'est ce qui fait la différence : il doit reconnaître qu'il est le père de l'enfant pour obtenir l'autorité parentale et son exercice. Le géniteur qui ne reconnaît pas son enfant n'est pas considéré comme son père : il existe par contre des solutions pour le forcer à assumer ses responsabilités, paternelles ou financières, la recherche en paternité naturelle et l'action à fins de subsides.

Le père, comme la mère avant la réforme, peut reconnaître son enfant dès sa conception, et il n'a pas de délai pour le faire : la reconnaissance effectuée avant les un an de l'enfant lui donne l'autorité parentale et son exercice, la reconnaissance effectuée après les un an de l'enfant ne lui donne que l'autorité et il doit saisir le JAF pour en obtenir l'exercice. L'autorité parentale peut également être *exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le greffier-en-chef du tribunal de grande instance* (art. 372 CC) : c'est-à-dire que, si le père reconnaît l'enfant après ses un an, il peut obtenir l'exercice sans saisir le JAF à condition que la mère l'accepte et le déclare au greffier-en-chef. Le père, pour reconnaître l'enfant, n'a pas besoin d'en être le géniteur : il peut par exemple reconnaître l'enfant de sa compagne, que le père biologique n'a pas reconnu. Il devient alors son père pour la vie, même s'il se sépare de sa mère : il n'existe pas de reconnaissance à durée déterminée.

Le père, comme la mère avant la réforme, peut reconnaître qu'il est le père de l'enfant :

- dans n'importe quelle mairie de France (la mère de l'enfant peut lui avoir caché le lieu de l'accouchement) ;
- dans n'importe quel tribunal d'instance ou de grande instance ;
- devant n'importe quel notaire (la reconnaissance peut alors rester secrète avec effet rétroactif, mais elle est payante) ;

- dans n'importe quel consulat ou ambassade de France à l'étranger.

Le père ne doit fournir aucune preuve. Il peut reconnaître être le père d'un enfant dont il ne connaît ni le sexe, ni le prénom, ni la date ou le lieu de naissance. Il peut donc en théorie faire obstacle à l'accouchement anonyme de la mère, s'il reconnaît l'enfant de sa conception aux deux mois qui suivent sa naissance, et qu'il en informe le procureur de la République. En identifiant sa mère, le procureur fera le lien entre la mairie où a eu lieu la reconnaissance et la mairie où a été déclarée la naissance, qui informera la mère et la mairie de son lieu de domicile (en lui adressant un « avis de naissance »).

Les parents non mariés ont tout de même intérêt à aller reconnaître, ensemble (on parle alors de reconnaissance concomitante), l'enfant avant sa naissance (même s'ils ne souhaitent pas connaître son sexe), à la mairie de leur domicile, pour choisir ensemble son nom de famille (éventuellement son prénom, mais ce n'est pas obligatoire), et simplifier la démarche de déclaration (durant laquelle ils devront produire l'acte de reconnaissance). L'enfant peut en effet, depuis le 1^er^ janvier 2005, acquérir à la naissance, que ses parents soient mariés ou non, *soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux* (art. 311-21 CC). En l'absence de démarche conjointe devant l'officier de l'état civil, l'enfant prendra *le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre* (idem). Il sera néanmoins possible de rectifier par la suite le choix du nom par déclaration conjointe d'adjonction de nom (cf. le décret 2004-1159 du 29 octobre 2004).

3. L'ACQUISITION DE L'AUTORITÉ PARENTALE ET DE SON EXERCICE DANS LA FAMILLE ADOPTIVE

Le jugement rendu par le tribunal de grande instance attribue automatiquement l'autorité parentale et son exercice à l'adoptant ou aux adoptants, quelle que soit l'adoption prononcée, simple ou plénière.

4. LE RETRAIT DE L'AUTORITÉ PARENTALE, LE DÉLAISSEMENT ET L'ABANDON D'ENFANT

L'autorité parentale peut être retirée par le tribunal de grande instance (TGI) réuni en audience collégiale, mais seulement pour des motifs extrêmement graves : mauvais traitements, *consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques*, usage de stupéfiants, *inconduite notoire ou comportements délictueux*, défaut de soins ou manque de direction *qui mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant* (art. 378-1 CC). Elle peut aussi être retirée au pénal, aux *père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent* (art. 378 CC). Le retrait de l'autorité parentale peut être total ou partiel, c'est-à-dire *limité aux attributs qu'il spécifie* (art. 379-1 CC) : le retrait partiel est assez rare, et souvent provisoire. Lorsqu'il prononce le retrait total ou partiel de l'autorité parentale, le tribunal, civil ou pénal, doit, *si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale, soit désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié* [...], *soit confier l'enfant au service départemental de l'aide sociale à l'enfance* (art. 380 CC). Si l'autre parent n'est pas décédé, et s'il n'a pas perdu l'exercice de l'autorité parentale, il sera le seul à l'exercer.

Le retrait de l'autorité parentale est définitif dans les faits, même s'il ne l'est pas dans les textes : souvenez-vous que, depuis la loi du 5 juillet 1996, on ne parle plus de déchéance, créée par la loi du 24 juillet 1889 (voir le chapitre consacré à la protection des mineurs).

Le retrait est définitif dans les faits, mais pas dans les textes : *les père et mère qui ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale* [...] *pourront, par requête, obtenir du tribunal de grande instance, en justifiant de circonstances nouvelles, que leur soient restitués, en tout ou partie, les droits dont ils avaient été privés* (art. 381 CC). La demande en restitution ne pourra être formée *qu'un an au plus tôt après que le jugement prononçant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale est devenu irrévocable* (art. 381 CC). Elle ne pourra, en cas de rejet, être renouvelée qu'après une nouvelle période d'un an, mais *aucune demande ne sera recevable lorsque, avant le dépôt de la requête, l'enfant aura été placé en vue de l'adoption* (idem).

C'est la raison pour laquelle, dans les faits, le retrait de l'autorité parentale est définitif : l'enfant, considéré comme abandonné, devient adoptable (par un homme, *a priori*, si l'autorité parentale a été retirée à son père : le nouvel ami de sa mère, par exemple, par une femme si l'autorité est retirée à sa mère), et l'adoption est pour ces motifs irrévocable.

L'autorité parentale peut également, lorsqu'une mesure d'assistance éducative a été prise à l'égard de l'enfant (art 378-1 CC) être retirée si les père et mère se sont volontairement abstenus pendant plus de deux ans d'exercer leurs droits et de remplir leurs devoirs (droit de correspondance, droit de visite et d'hébergement, art. 375-7 CC).

Il est également possible que l'enfant soit, par le tribunal de grande instance, déclaré abandonné, ce qui entraîne le retrait de l'autorité parentale, après un an de « désintérêt manifeste » (art. 350 CC). La demande est présentée par le particulier, l'établissement ou le service de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant (idem). Les parents qui n'ont pas entretenu avec leur enfant *les relations nécessaires au maintien de liens affectifs* (idem) peuvent être *considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant* (idem). La rumeur qui assure qu'une simple carte postale annuelle suffit à faire obstacle à l'abandon donc à l'adoption de l'enfant est donc inexacte, à moins que les cadres de l'aide sociale à l'enfance l'estiment suffisante pour maintenir des liens affectifs.

Le désintérêt manifeste est une notion de droit civil. Il ne faut pas la confondre avec le délaissement, qui est une notion pénale : le délaissement d'un mineur de moins de quinze ans (art. 227-1 CP) est une infraction correctionnelle punie *de sept ans d'emprisonnement et de*

100 000 euros d'amende [...] *sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci* (idem).

> Si je délaisse mon fils après l'avoir déposé chez sa mémé, où il ne court *a priori* aucun danger, je ne pourrais que, au bout d'un an de désintérêt manifeste, voir prononcer l'abandon (art. 350 CC), mais je ne suis pas accessible à une sanction pénale. Si le délaissement, chez moi ou chez mémé, entraîne *une mutilation ou une infirmité permanente*, il sera puni de vingt ans de réclusion criminelle (art. 227-2 CP), de trente ans de réclusion criminelle s'il entraîne la mort (idem).

Chapitre 16

L'exercice de l'autorité parentale

PLAN DU CHAPITRE

1.	**La suspension de l'exercice**	**267**
2.	**La délégation de l'exercice**	**267**
3.	**L'autorité parentale et son exercice après la séparation des parents**	**269**
4.	**L'autorité parentale des parents mineurs et des parents majeurs protégés**	**273**

L'EXERCICE de l'autorité parentale permet à celui ou ceux qui en sont titulaire(s) ou délégataire(s) d'exercer l'autorité parentale comme s'ils la possédaient. Les deux parents sont habituellement titulaires de l'autorité parentale et de son exercice, ils se retrouvent donc avec les mêmes droits, les mêmes devoirs, les mêmes obligations, qu'ils soient mariés, séparés, divorcés, concubins... Chacun des parents est réputé, *à l'égard des tiers de bonne foi [...] agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* (art. 372-2 CC) : cela s'applique aussi au délégataire (art. 377-1 CC). Puisque chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, une seule signature suffit, pour inscrire, autoriser, etc. La double signature n'est jamais indispensable, il est même illégal de l'exiger (on peut la demander gentiment, avec un louable souci pédagogique d'impliquer les deux parents, mais l'absence de la double signature ne peut jamais être un obstacle à l'inscription, à la participation de l'enfant, aux soins qui lui sont dispensés, etc.).

> Le tribunal de grande instance de Paris l'avait déjà rappelé pour une circoncision que le père n'avait pas autorisée (6 novembre 1973), le Conseil d'État a plusieurs fois fait de même : *chacun des parents peut légalement obtenir l'inscription sur son passeport de ses enfants mineurs sans qu'il soit besoin d'établir qu'il dispose de l'accord exprès de l'autre parent* (8 février 1999). Il a même estimé que *les autorités françaises portent une atteinte grave à la liberté personnelle et à la liberté d'aller et venir des membres de la famille en exigeant de façon générale, en cas de séparation et d'autorité parentale partagée, l'autorisation des deux parents pour que soient délivrés aux enfants des passeports individuels ou qu'ils soient inscrits sur le passeport de leurs parents* (4 décembre 2002).

Cela n'empêche guère les mairies de continuer d'exiger, en toute illégalité, la double signature...

L'exercice de l'autorité parentale est de la compétence exclusive du juge aux affaires familiales (rappelons que l'autorité parentale est de la compétence exclusive du tribunal de grande instance). Le juge des enfants (qui va bientôt s'appeler le juge des mineurs) n'a aucune compétence en la matière, même en cas de placement : *les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure* (art. 375-7 CC). Le tuteur de l'enfant n'est jamais titulaire de l'autorité parentale puisque seuls

les parents possèdent l'autorité parentale, même s'ils sont décédés ou disparus (un tuteur est nommé quand l'enfant n'a pas ou n'a plus de parents). Le tuteur, comme *le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant* (art. 377 CC), doit saisir le juge aux affaires familiales *aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale* (idem).

Celui qui n'est ni titulaire, ni délégataire de l'exercice, mais qui s'occupe de l'enfant (tuteur, beau-père, famille d'accueil, tata pendant les vacances, baby-sitter) ne peut accomplir que *les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation* (art. 373-4 CC) : brosse-toi les dents, éteins la télé, va te coucher, dis merci... Le choix du mot « usuel » a son importance : un acte usuel est un acte anodin, ordinaire, banal, qui respecte les « us », les usages, les habitudes. Celui qui s'occupe de l'enfant ne peut donc accomplir que les actes du quotidien qui vont dans le sens des pratiques familiales.

D'ailleurs, le juge aux affaires familiales appelé à statuer *sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur, ou qui décide de confier l'enfant à un tiers* (art. 376-1 CC) peut s'inspirer *des pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement* (idem). Il peut également prendre en considération (art. 373-2-11 CC) :

- la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ;
- les sentiments exprimés par l'enfant mineur qui, *dans toute procédure le concernant, peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix* (art. 388-1 CC) ;
- l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ;
- le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ;
- les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales (prévues par l'article 373-2-12 CC).

1. LA SUSPENSION DE L'EXERCICE

L'autorité parentale se retire, l'exercice se suspend, de manière forcément provisoire (le genre de provisoire tenace qui peut tout de même durer jusqu'à la majorité de l'enfant). La suspension totale ou partielle de l'exercice est décidée par le juge aux affaires familiales. Il décide aussi de sa mainlevée, c'est-à-dire de la fin de la suspension. Ces deux décisions, formalisées par un jugement dont l'expression écrite s'appelle ordonnance sont susceptibles d'appel.

Le *père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* peut être *privé de l'exercice de l'autorité parentale* (art. 373 CC). Le juge aux affaires familiales a donc une très grande latitude pour priver provisoirement un des parents de l'exercice de son autorité parentale. Si l'un des deux parents *se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité* (art. 373-1 CC), puisque, nous l'avons vu, chacun des titulaires ou délégataires de l'exercice exerce entièrement l'autorité parentale. C'est la même chose si l'un des deux décède (idem).

Le juge aux affaires familiales peut également priver les deux parents de l'exercice de leur autorité parentale, ou priver du droit de l'exercer le seul parent qui l'exerce : l'enfant se retrouve alors sans titulaire de l'exercice qui puisse, dans son intérêt, le représenter et exercer ses droits. Cela n'est en France pas possible, et se rapproche de la définition du mineur isolé : le juge aux affaires familiales va alors déléguer l'exercice...

Le parent qui est privé de son exercice conserve néanmoins *le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant, il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier* (art 373-2-1 CC). Il doit aussi respecter son obligation alimentaire envers lui (art. 371-2).

2. LA DÉLÉGATION DE L'EXERCICE

La délégation, décidée par le juge aux affaires familiales (et par lui seul) est provisoire (du même genre de provisoire têtu que la suspension). Elle est formalisée par un jugement (pas par une lettre, un acte notarié) :

aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement (art. 376 CC). Le délégataire peut être une personne physique (membre de la famille, proche, voisin de palier, tiers digne de confiance) ou une personne morale (établissement agréé pour le recueil des enfants, service départemental de l'aide sociale à l'enfance). La délégation permet au délégataire d'exercer jusqu'à nouvel ordre une autorité qu'il ne possède pas. La délégation est en général totale, elle peut également être partielle, c'est plus rare car plus difficile à gérer : le délégataire n'exerce alors qu'une partie des prérogatives, énoncées dans l'ordonnance du juge, ou ne les exerce qu'une partie du temps (du vendredi 20 heures au dimanche 20 heures, par exemple). La délégation est possible quel que soit l'âge de l'enfant : avant le 4 mars 2002, elle était réservée aux enfants de moins de seize ans.

En cas de placement décidé par le juge des enfants, l'autorité parentale continue à être exercée par les parents (art. 373-4 CC) puisque seul le juge aux affaires familiales (s'il est saisi) peut suspendre ou déléguer à un tiers l'exercice de l'autorité parentale. Les père et mère continuent même à *exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables* avec la mesure décidée par le juge des enfants (art. 375-7 CC). Le juge des enfants, de manière exceptionnelle, peut, *dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure* (idem). En pratique, cette disposition est parfois difficile à mettre en place : les cabinets des juges des enfants étant souvent débordés, ils ne répondent que rarement, sauf urgence, avec la rapidité nécessaire. Si *l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation* [de l'exercice] *ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants* (art. 377 CC) : le juge des enfants « prime » alors sur le juge aux affaires familiales (idem : pour prononcer l'émancipation d'un mineur « suivi » par le juge des enfants, le juge des tutelles des mineurs doit obtenir l'accord du juge des enfants).

La délégation de l'exercice de l'autorité parentale peut-être volontaire ou non consentie, donc imposée par le juge.

La délégation volontaire est consentie ou demandée par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale : *les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers* (art. 377 CC).

La délégation non consentie (art. 373 CC) entraîne la suspension de l'exercice du ou des parents qui refusent de consentir à la délégation, alors que la délégation volontaire permet aux parents titulaires de l'exercice de l'autorité parentale de conserver leur exercice, qu'un tiers exercera avec eux. Le jugement de délégation peut prévoir, *pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire* (art. 377-1 CC). Le juge pourra ensuite *être saisi des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer, par les parents, l'un d'eux, le délégataire ou le ministère public* (art. 377-1 CC). Le tiers délégataire peut être la personne à qui est confié l'enfant (pendant que ses parents scientifiques vont étudier la reproduction des manchots en Terre Adélie, par exemple), ou encore le beau-père, la belle-mère, mais *le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale* (idem). La délégation volontaire de l'exercice de l'autorité parentale ne peut pas être une mesure de confort (déléguer à tata qui emmène le petit en vacances, à la nounou), et elle doit être acceptée sans réserves par les deux parents, qui peuvent à tout moment revenir sur leur accord : il est donc relativement rare que l'ex-mari accepte que soit délégué l'exercice au nouveau beau-père de sa fille (on peut légitimement se demander pourquoi).

3. L'AUTORITÉ PARENTALE ET SON EXERCICE APRÈS LA SÉPARATION DES PARENTS

La loi du 4 mars 2002 dissocie le droit de visite et d'hébergement de l'exercice de l'autorité parentale. Elle complète et réaffirme l'égalité totale entre parents esquissée par les lois du 22 juillet 1987 et du 8 janvier 1993 : le droit de visite et d'hébergement ne limite pas l'exercice de l'autorité parentale. Même s'il est mentionné, voire détaillé,

dans l'ordonnance du juge aux affaires familiales, il n'a que l'utilité d'un bouchot pour les moules du même nom (voir encadré)...

Si l'exercice n'est pas suspendu ou limité par le JAF, l'autorité parentale continue à être exercée en permanence par les deux parents, puisque *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* (art. 373-2 CC), et que *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* (idem). Le parent dit « gardien » n'a donc pas plus de droits que l'autre : il n'y a d'ailleurs plus de « parent gardien » puisque la notion de garde a disparu le 4 mars 2002 au profit de la « résidence de l'enfant ». La garde laissait supposer un déséquilibre entre celui qui avait la garde et celui qui ne semblait avoir qu'un droit de visite.

> Mais que viennent faire là les moules de bouchot, me direz-vous ? Vous allez voir. C'est une parabole.
>
> Les moules sauvages, dans la baie du Mont Saint-Michel, errent au gré des courants, comme des âmes en peine. Pour les retenir, pour les fidéliser, les mytiliculteurs normands enfoncent de moitié, dans le sable ou les sédiments des pieux en chêne ou en châtaignier, que l'on appelle « bouchots », de deux à six mètres de haut, non écorcés, qu'ils disposent en alignements de cinquante à cent mètres sur l'estran, que la marée couvre et découvre. Les moules se cramponnent à un de ces pieux, qui devient pour la vie leur seul horizon, qui cristallise l'ensemble de leurs passions. Elles n'imaginent pas qu'elles pourraient s'en affranchir ! Idem pour les parents, qui se cramponnent au droit de visite et d'hébergement à qui ils attribuent la valeur d'une règle dogmatique bien qu'il ne soit qu'indicatif et *a minima*. Pourquoi, alors, le juge le fixe-t-il ? Pour que les parents incapables de faire autrement puissent s'y cramponner : le JAF fixe souvent un droit de visite et d'hébergement comme un mytiliculteur plante un bouchot, pour permettre que les passions se cristallisent...

La suspension de l'exercice de l'autorité parentale est toujours, quand elle est prononcée, clairement mentionnée dans un jugement : elle n'apparaît jamais au détour d'une phrase alambiquée qui pourrait faire penser que... L'indication d'un droit de visite et/ou d'hébergement ne suspend ni ne limite l'exercice de l'autorité parentale à celui qui, avant le divorce ou la séparation, en était titulaire. Le titulaire de l'exercice continue donc à exercer son autorité en dehors des limites de son droit de visite. Il peut donc par exemple aller chercher son enfant à l'école quand il le souhaite : le droit de visite étant indicatif,

les professionnels de l'enfance et de la petite enfance n'ont pas à en tenir compte. Ils doivent par contre identifier les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale (et non de l'autorité parentale), ce qu'ils sont souvent incapables de faire puisque les documents à fournir lors d'une inscription ne permettent pas de les identifier. La résidence de l'enfant est désormais forcément alternée entre ses deux parents titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, et « alternée » n'a jamais voulu dire « une semaine chez l'un, une semaine chez l'autre », mais en alternance (dont la fréquence reste à préciser) chez l'un et l'autre. Les deux parents sont d'ailleurs civilement responsables de leur enfant (art. 1384 CC). Le juge fixe par commodité « la résidence de l'enfant » qui peut être comparée à une sorte de domicile administratif (pour définir l'école de rattachement, le service de PMI, la collectivité de dépendance en cas d'allocation, de handicap, etc.). Problème : le père ne peut pas plus exiger de voir son enfant à tel moment que la mère ne peut le lui interdire. Ils sont censés dans l'intérêt de l'enfant se mettre d'accord entre eux : papa et maman continuent à former un couple parental à défaut, s'ils sont séparés, d'un couple conjugal. En cas de difficulté, *le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant* (art. 373-2 CC). Il n'existe que deux cas de figure où le droit de visite limite de fait l'exercice de l'autorité parentale :

- quand il ne peut s'exercer que *dans un espace de rencontre désigné par le juge* (art. 373-2-9 CC) ;
- quand il ne peut s'exercer qu'en présence d'un tiers nommé dans le jugement (unetelle verra son enfant tel jour en présence de telle personne).

On entend souvent évoquer la garde alternée : elle n'existe pourtant pas et n'a jamais existé. La résidence alternée actuellement en vigueur (art. 373-2-9 CC) n'est apparue que le 4 mars 2002, c'est-à-dire après la disparition de la notion de garde. Le 21 mars 1983 et le 2 mai 1984, deux arrêts de la 2e chambre civile de la Cour de cassation ont d'ailleurs interdit la garde alternée, qui n'avait encore aucune existence légale. Certains juges ont néanmoins continué à la pratiquer, avec l'accord express des deux parents. Cela illustre bien l'effet relatif de la jurisprudence, qui, elle aussi (décidément) n'est qu'indicative, que les juges sont libres de suivre, ou non. On dit que la garde alternée est

d'origine jurisprudentielle : les jugements successifs l'ont créée et définie avant que la loi ne l'instaure.

Le professionnel qui empêcherait un papa divorcé (ou une maman, bien sûr) d'emmener son enfant sous le prétexte que « ce n'est pas son jour » se rendrait coupable d'un délit d'atteinte à l'exercice de l'autorité parentale appelé « non représentation d'enfant » (art. 227-5 CP). Il engagerait sa responsabilité pénale : *le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* (idem). Il engagerait aussi sa responsabilité civile : le père en question subit un préjudice dont il peut exiger réparation devant une juridiction pénale, en se constituant partie civile, ou devant une juridiction civile.

Il existe d'autres délits d'entrave à l'exercice de l'autorité parentale : le parent chez qui l'enfant réside habituellement qui *transfère son domicile en un autre lieu* sans *notifier son changement de domicile* [...] à ceux qui peuvent exercer un droit de visite ou d'hébergement encourt six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende (art. 227-6 CP), et tout ascendant qui soustrait *un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence* habituelle encourt un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende (art. 227-7 CP).

Le juge aux affaires familiales doit veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs (art. 373-2-6 CC). Il peut *prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents* (idem), comme par exemple *ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents* (idem) : cette inscription ne peut être portée que sur des passeports français, alors que ce sont souvent les parents étrangers qui quittent le territoire national avec leur enfant. Le juge aux affaires familiales doit toujours s'efforcer de concilier les parties (art. 373-2-10 CC). Il peut leur proposer une mesure de médiation et, *après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder* (idem). Il peut aussi *leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure* (idem) : le coût de cette médiation est mis à la charge des parents ou de l'un d'entre eux. Le juge aux affaires familiales peut, *avant toute décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de*

visite ou confiant les enfants à un tiers (art. 373-2-12 CC) *donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale*, qui a pour but *de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants* (idem). Cette enquête sociale ne pourra pas être utilisée *dans le débat sur la cause du divorce* (idem), et une contre-enquête pourra être ordonnée si l'un des parents conteste les conclusions de la première enquête (idem).

Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin qu'il statue *sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant* (art. 373-2-8 CC) : la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant est le véritable nom de la pension alimentaire, appelée aussi, du coup, « part contributive ». Il existe une procédure non contentieuse qui permet aux parents de *saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant* (art. 373-2-7 CC). Le juge homologue la convention *sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement* (idem), elle devient alors aussi contraignante qu'un jugement. Les dispositions de la convention homologuée et les décisions du juge *peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non* (art. 373-2-13 CC). Le juge aux affaires familiales peut en effet être saisi par *le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non* (idem) : n'importe qui (l'enfant, la belle-mère, la grand-mère, un voisin) peut saisir le procureur en lui adressant un simple courrier, qu'il décide de classer sans suite ou de transmettre à un juge, aux affaires familiales ou, si cela lui semble plus approprié, au juge des enfants.

4. L'AUTORITÉ PARENTALE DES PARENTS MINEURS ET DES PARENTS MAJEURS PROTÉGÉS

Le parent mineur est comme tous les mineurs civilement incapable et civilement irresponsable : il est frappé d'une totale incapacité d'exercice.

Les droits dont il jouit sont jusqu'à sa majorité exercés dans son intérêt supposé par ses représentants légaux. Il peut néanmoins librement reconnaître qu'il est le père ou la mère de son enfant, dont il peut aussi déclarer la naissance. Il devient alors, comme tout parent, titulaire de l'autorité parentale et de son exercice, mais il ne pourra pas exercer cet exercice, dont il sera pourtant titulaire, tant qu'il ne sera pas majeur ou émancipé : l'émancipation permet au parent mineur d'exercer sur son enfant l'autorité parentale dont il est titulaire. Les parents du parent mineur ne sont « que » les grands-parents de l'enfant de leur enfant. Ils n'ont sur lui aucun droit. Ils ne sont bien évidemment titulaires ni de l'autorité parentale, ni de son exercice, ni délégataires de fait. L'enfant d'un parent mineur est donc dans une situation délicate : son représentant légal ne peut pas exercer les droits dont il jouit. Il ne peut pas l'inscrire (à la crèche), il ne peut pas en fin de journée venir l'y chercher et il ne peut pas l'assurer. Cela se complique si l'un des deux parents est majeur, car il peut prendre seul, de fait, toutes les décisions. La seule solution, si l'émancipation n'est pas envisageable ou pas souhaitable, est de saisir le juge aux affaires familiales pour que l'exercice de l'autorité parentale soit délégué à un tiers, parent ou proche du parent mineur. Seul un majeur peut saisir le juge aux affaires familiales, à moins de saisir le procureur qui pourra, lui, le saisir. Le parent mineur pourra être entendu, assisté s'il le souhaite d'un avocat (art. 388-1 CC).

Le placement en curatelle d'un parent majeur (la curatelle n'est pas ouverte aux mineurs) n'a aucune incidence sur l'autorité parentale et sur son exercice. Le curateur ne peut intervenir dans ce domaine et le majeur en curatelle n'est frappé d'aucune incapacité : il est juste assisté et contrôlé d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile (art. 440 CC).

Le placement en tutelle d'un parent majeur (la tutelle des majeurs n'a rien à voir avec la tutelle des mineurs) n'a aucune incidence sur l'autorité parentale, mais le majeur en tutelle est frappé d'une relative incapacité d'exercice : le parent majeur placé en tutelle se retrouve donc dans la situation du mineur, doté d'une capacité de jouissance, mais en partie privé de sa capacité d'exercice. Le tuteur du majeur en tutelle n'a sur son enfant aucun pouvoir : *l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée* (art. 458 CC). Sont réputés strictement personnels : *la déclaration de naissance*

d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant (idem). La tutelle du parent d'un enfant mineur doit donc *a priori* être accompagnée d'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale, à moins que l'autre parent n'en soit titulaire. Il l'exercera alors seul.

Chapitre 17

L'autorité parentale et les tiers

PLAN DU CHAPITRE

1. Les grands-parents **279**

2. Les beaux-parents **280**

3. Le décès des parents **282**

4. La tutelle des mineurs **285**

Le conseil de famille 286

La responsabilité du tuteur 288

L'ENFANT *a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants* (art. 371-4 CC) : seul son intérêt peut faire obstacle à l'exercice de ce droit, et le juge aux affaires familiales peut fixer *les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non*. Les relations peuvent être un droit de correspondance ou un droit de visite avec ou sans hébergement. Les ascendants sont ici principalement les grands-parents. Les tiers visés sont probablement surtout le beau-père et la belle-mère : lorsque leur relation avec le parent de l'enfant cesse, ils perdent souvent tout contact avec lui, même s'ils ont entretenu une relation affectivement riche. Il n'y a guère de littérature sur ce « tiers » que le Code civil appelle parfois « digne de confiance » et le Code civil n'en dit rien de plus : c'est un tiers, donc *a priori* n'importe qui (sans l'aspect péjoratif de « n'importe qui »), membre de la famille ou non, qui doit être digne de confiance au moins aux yeux du juge, à qui l'enfant peut être provisoirement confié. Il ne pourra accomplir, à défaut de délégation d'exercice de l'autorité parentale, que *les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant* (art. 373-4 CC). Les ascendants et les beaux-parents doivent être juridiquement considérés comme des tiers.

1. LES GRANDS-PARENTS

Le 4 juin 1970, un droit a été reconnu aux grands-parents : celui d'avoir des relations personnelles avec leurs petits-enfants (art. 371-4 CC). Les père et mère ne pouvaient, sauf motifs graves, faire obstacle à ce droit. Le juge aux affaires familiales pouvait déjà, à défaut d'accord entre les parties, régler les modalités de ces relations. Il pouvait aussi, en considération de situations exceptionnelles, accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non. Il n'était alors pas prévu explicitement de droit d'hébergement.

Le 4 mars 2002, l'article est modifié : c'est l'enfant qui a désormais *le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants* (art. 371-4 CC), et non l'inverse. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit, et *si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non* (idem). L'article n'évoque plus le *droit de correspondance ou de visite* mais *des relations* qui peuvent de toute évidence prendre la

forme d'un droit d'hébergement. Le 4 mars 2002, l'autorité parentale a été redéfinie, elle s'exerce désormais dans *l'intérêt de l'enfant* (art. 371-1 CC), les autres articles du Code ont dû, c'est logique, se mettre au diapason.

Les grands-parents sont souvent prioritaires lorsqu'il s'agit de placer l'enfant en dehors de son domicile (parents décédés, incarcérés) : les juges ont alors semble-t-il tendance, dans l'intérêt de l'enfant, à préférer les grands-parents qui habitent le plus près d'où habite l'enfant, et de respecter son mode de vie.

Les grands-parents ont des droits, ils ont aussi des obligations, qui sont réciproques : ils sont par exemple obligés alimentaires de leurs descendants, donc, de leurs enfants et de leurs petits-enfants (art. 207 CC).

2. LES BEAUX-PARENTS

Le beau-parent peut, nous l'avons vu, se voir déléguer l'exercice de l'autorité parentale par le juge aux affaires familiales, qu'il s'agisse d'un beau-parent homo ou hétérosexuel, mais cette délégation doit se faire avec l'accord des deux parents de l'enfant (délégation volontaire) ou avec l'autorisation de celui qui l'exerce si elle n'est exercée que par un seul des deux. Il est aussi possible, mais beaucoup plus rare, que le JAF délègue l'exercice au beau-parent après avoir suspendu l'exercice de celui des deux parents qui s'y opposait : c'est alors une délégation forcée, qui, pour ne pas être invalidée en appel, doit être correctement motivée et réellement justifiée.

Un groupe de députés de la majorité actuelle, emmené par Valérie Pécresse, a déposé, le 28 juin 2006, une proposition de loi à l'Assemblée nationale, pour instaurer une délégation de responsabilité parentale pour les actes de la vie courante de l'enfant. Elle n'a jamais été votée, probablement parce qu'elle se contentait de compliquer la situation existante. Elle prévoyait en effet que les père et mère pourraient *par décision conjointe, conférer à un tiers, membre de la famille ou proche digne de confiance, le pouvoir d'accomplir tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant* (rédaction envisagée par ladite proposition d'un nouvel article 377-4 CC). Ce pouvoir, qui ne portait *pas atteinte à l'exercice de l'autorité parentale* serait devenu

exécutoire après enregistrement au greffe du tribunal d'instance, et un des parents pouvait *à tout moment modifier le pouvoir ou y mettre fin, en signifiant sa décision à l'autre parent et au tiers et en adressant copie de cette signification au greffe du tribunal d'instance*. Valérie Pécresse ignorait probablement – quelqu'un a dû finir par le lui expliquer – que *le pouvoir d'accomplir tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant* existe déjà, de fait, sans aucune démarche ni enregistrement (art. 373-4 CC).

Un projet de loi a ensuite été élaboré au cours de l'année 2008 (rappelons qu'une proposition de loi émane d'un ou plusieurs député(s) ou sénateur(s), et qu'un projet émane du Gouvernement). Il aurait dû être présenté au Parlement en début d'année 2009 (cf. courrier conjoint de Rachida Dati, ministre de la justice, et de Nadine Morano, secrétaire d'État chargée de la famille, au président de l'association SOS Papa, le 17 octobre 2008). Son examen a été plusieurs fois repoussé, mais, s'il est toujours considéré comme devant très bientôt voir le jour, il est plus que probable qu'il ait été définitivement enterré. Ce projet prévoyait de modifier l'article 371-4 du Code civil : l'enfant aurait toujours le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, mais aussi *avec le tiers qui a résidé avec lui et l'un de ses parents et avec lequel il a noué des liens affectifs étroits*. Il prévoyait aussi que soit modifié l'article 372-2 : chacun des parents est déjà réputé agir, à l'égard des tiers de bonne foi, avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale, cela deviendrait aussi le cas *s'il autorise un tiers à accomplir un tel acte*. Les professionnels, enseignants, médecins, éducatrices de jeunes enfants (etc.) auront intérêt à bien identifier ce tiers, ce qui va un peu leur compliquer la vie : ils devront composer avec lui, tenir compte de ses décisions, lui remettre l'enfant... Il est prévu également que le second et dernier alinéa de l'article 372-2 précisera que l'accord des deux parents est toujours requis pour effectuer les actes importants de l'autorité parentale, c'est-à-dire *les actes qui engagent l'avenir de l'enfant, notamment quant à sa santé ou à son éducation, ou qui touchent à ses droits fondamentaux*. Si cette réforme est votée en l'état, le tiers qui a résidé avec l'enfant et l'un de ses parents, avec lequel l'enfant a noué des liens affectifs étroits, pourra *en cas de décès de ce parent ou si ce dernier est hors d'état de manifester sa volonté, saisir le juge en vue de se voir déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale* (rédaction envisagée de l'article 377 du Code civil). Il le peut déjà, mais implicitement, au même titre que *le*

particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant : admettons qu'il devienne prioritaire... Cette réformette a probablement été abandonnée aussi parce qu'à son sujet, on a trop communiqué, en laissant entendre qu'elle allait reconnaître des droits aux familles homoparentales : c'est tout à fait inexact de lui attribuer une telle ambition ! Elle prévoit en effet que les parents *qui exercent conjointement l'autorité parentale* pourront saisir le JAF *afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent la délégation et le partage de tout ou partie de l'exercice de cette autorité avec un tiers délégataire* (rédaction envisagée de l'art. 377-1 CC). Elle ne concerne donc que les parents qui seront tous les deux d'accord pour déléguer l'exercice de leur autorité parentale à un tiers : à eux, cette procédure non-contentieuse simplifiera légèrement la vie, puisqu'ils n'auront qu'à faire homologuer une convention plutôt que de saisir le juge aux affaires familiales (mais la convention doit être rédigée par un avocat qu'il faudra rémunérer).

3. LE DÉCÈS DES PARENTS

Le droit de choisir un tuteur, *qu'il soit ou non parent du mineur, n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale* (art. 403 CC). Cette désignation *ne peut être faite que dans la forme d'un testament, ou d'une déclaration spéciale devant notaire* (idem). Elle s'impose alors au conseil de famille, à moins que l'intérêt du mineur ne commande au juge de l'écarter. Le tuteur désigné par le père ou la mère *n'est pas tenu d'accepter la tutelle*. S'il n'y a pas de tuteur testamentaire, ou si celui qui a été désigné vient à cesser ses fonctions ou les refuse, le conseil de famille désigne au mineur un tuteur (art. 404 CC). Le testament peut être rédigé par le notaire : il devient alors un acte authentique. Le testament peut aussi être manuscrit (pas dactylographié) de la main même du testateur, daté et signé : c'est alors un testament olographe. Il ne doit respecter aucune forme pré-établie. Un testament olographe se conteste plus facilement après le décès qu'un testament authentique. Un testament olographe est un acte sous seing privé. Un testament olographe peut être enregistré, par un notaire, au fichier central des dispositions et des dernières volontés, appelé familièrement par les

notaires « fichier de Venelles » parce qu'il se trouve à Venelles, un petit village proche d'Aix-en-Provence. Un testament authentique y est systématiquement enregistré. L'enregistrement d'un testament au fichier central coûte une trentaine d'euros.

Le plus prudent pour les parents est de nommer dans le testament un exécuteur testamentaire, qui pourra interjeter appel de la décision du juge au cas où elle ne respecterait pas le choix des parents. L'exécuteur testamentaire peut être n'importe qui, ami ou membre de la famille. Il est conseillé de préférer quelqu'un capable de mener une procédure judiciaire. Il peut également être prudent de suggérer, dans ce même testament, une demi-douzaine de personnes susceptibles de siéger au conseil de famille : ils ne doivent pas forcément faire partie de la famille au sens biologique du terme, juste être proches des parents et de leurs enfants (il était jadis courant que le curé, le notaire et l'instituteur en fassent partie).

En cas de décès des parents, plusieurs juges pourront être saisis de la situation du mineur, soit directement par une des parties, soit par le parquet :

- le juge des tutelles des mineurs (fonction exercée par le JAF) pourra désigner un tuteur, ou présider le conseil de famille qui le nommera (c'était jusqu'au 31 décembre 2009 la mission du juge des tutelles, désormais juge des tutelles des majeurs) ;
- le juge aux affaires familiales devra statuer sur la délégation de l'exercice de l'autorité parentale, et pourra décider de mesures provisoires dans l'intérêt de l'enfant (art. 373-3 CC) ;
- le juge des enfants (futur juge des mineurs) pourra être saisi directement par une des parties ou par le parquet pour décider dans l'intérêt de l'enfant de mesures provisoires.

Depuis la réforme de la protection juridique des majeurs, le 5 mars 2007, il existe le mandat de protection future : il s'agit d'un contrat (acte authentique passé devant notaire ou sous seing privé conclu entre deux personnes physiques), qui a pour objet de permettre à chacun d'organiser par anticipation sa propre protection ou celle de son enfant souffrant de maladie ou de handicap (voir à ce sujet le chapitre consacré à la protection juridique des majeurs). Le mandat de protection future permet de désigner celui ou celle, membre de la famille ou non, qui sera chargé(e) d'assumer une mission identique à celle d'un tuteur

(le mandataire). Les parents d'un enfant souffrant de maladie ou de handicap peuvent établir un mandat de protection future pour pourvoir à ses intérêts lorsqu'ils ne pourront plus s'occuper de lui : ce mandat ne sera valable que si l'enfant est majeur, et il doit être signé devant notaire. Le mandat de protection future peut être enregistré par l'administration fiscale (environ 125 euros). Il sera activé par le mandataire, qui fournira au greffe du tribunal d'instance le certificat d'un médecin expert. Le mandataire, qui doit accepter le mandat, devra chaque année, comme un tuteur, rendre des comptes au juge des tutelles.

On affirme volontiers que l'enfant qui se retrouve orphelin sera confié à son parrain ou à sa marraine : ce serait l'intérêt du baptême religieux et, invention plus récente, du laïc baptême civil, ou républicain. C'est une légende. Le baptême (du grec ancien *baptizein*, plonger, que l'on retrouve dans bathyscaphe), n'existe pas dans le Code civil, pas plus, d'ailleurs, que le parrain ou la marraine. Le baptême, civil ou religieux, n'a aucune valeur légale en France : il n'est inscrit dans aucun registre, n'est pas mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant, il ne crée aucun lien entre le parrain, la marraine et leur filleul(e). Il ne confère aucun droit, aucun devoir et aucune obligation. Il n'y a aucune condition pour être parrain ou marraine, encore moins d'âge légal ou de formalités à remplir : chaque mairie est libre d'imposer ses propres règles, ou de refuser de célébrer une telle cérémonie inutile.

Le baptême religieux est prévu dans le recueil des lois de l'Église catholique, appelé Code de droit canon : *dans la mesure du possible, à la personne qui va recevoir le baptême, sera donné un parrain auquel il revient d'assister dans son initiation chrétienne l'adulte qui se fait baptiser et, s'il s'agit d'un enfant, de le présenter de concert avec les parents, et de faire en sorte que le baptisé mène plus tard une vie chrétienne en accord avec son baptême et accomplisse fidèlement les obligations qui lui sont inhérentes* (art. 872 CDC).

Le baptême républicain, créé par la loi du 20 prairial an II (8 juin 1794), *relative aux actes d'état civil réservés aux municipalités*, est de nouveau en vogue depuis les commémorations du Bicentenaire de la Révolution. Il avait disparu au XIX^e siècle, mais la municipalité socialiste de Saint-Denis (93), élue le 1^er mai 1892, l'a relancé *pour soustraire la jeunesse à l'influence néfaste des religions déistes qui atrophient et faussent son intelligence* (je cite).

Une proposition de loi relative au baptême républicain a été présentée le 29 janvier 2008 à l'Assemblée nationale par une poignée de députés, mais elle n'a à ce jour pas été examinée. Elle prévoit d'insérer trois articles dans le Code civil pour que *le parrainage républicain donne lieu à une inscription au registre d'état civil du parrainé* (possible art. 62-3 CC) et qu'il soit tenu dans chaque commune un registre des parrainages républicains (possible art. 62-4 CC). Les articles 404 et 409 du Code civil modifiés préciseraient par exemple que le conseil de famille peut désigner le tuteur parmi les parrain et marraine civils, qui seraient membres de droit du conseil de famille.

4. LA TUTELLE DES MINEURS

Un mineur est placé sous tutelle lorsque ses père et père mère *sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale* (art. 390 CC) ou lorsque sa filiation n'est pas légalement établie (enfant né dans l'anonymat, enfant trouvé) : la tutelle des mineurs porte le même nom que la tutelle des majeurs, elle fonctionne à peu près de la même façon, mais elle ne s'ouvre pas pour les mêmes causes. Le juge compétent n'est plus le juge des tutelles (qui siège au tribunal d'instance) mais le juge des tutelles des mineurs (qui siège au tribunal de grande instance) : cette fonction est exercée depuis la loi 2009-526 du 12 mai 2009 *de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures* par le juge aux affaires familiales (loi applicable au 1er janvier 2010). Le juge compétent et plus précisément le juge des tutelles (des mineurs) territorialement compétent est celui de la résidence habituelle de la personne à protéger ou protégée ou celui du domicile du tuteur (art. 1211 CPC). Le juge des tutelles des mineurs peut également décider d'ouvrir la tutelle dans le cas d'une administration légale sous contrôle judiciaire (art. 391 CC), principalement si la constitution du patrimoine le justifie. Il peut également décider, mais seulement pour cause grave, d'ouvrir la tutelle dans le cas d'une administration légale pure et simple (idem). La tutelle est une protection due à l'enfant : elle est un devoir des familles et de la collectivité publique (art. 394 CC). La tutelle d'un mineur prend fin lors de son émancipation ou à sa majorité (art. 393 CC). Elle prend aussi fin en cas de mainlevée, ou en cas de décès du mineur (idem). Elle prend également fin (et se transforme en

administration légale) si le mineur vient à être reconnu par l'un de ses deux parents après l'ouverture de la tutelle (art. 392 CC).

La tutelle d'un mineur est organisée avec un conseil de famille (qui n'est que facultatif pour la tutelle d'un majeur), même en présence d'un tuteur testamentaire (art. 403 CC) et sauf vacance (art. 398 CC). En cas de vacance (lorsqu'aucun tuteur n'est trouvé dans l'entourage de l'enfant), le juge des tutelles la défère à la collectivité publique compétente en matière d'aide sociale à l'enfance (art. 411 CC), c'est-à-dire au conseil général : la tutelle ne comportera alors ni conseil de famille, ni subrogé tuteur, et la personne désignée par le conseil général pour exercer cette tutelle aura sur les biens du mineur les pouvoirs d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire (idem).

Le conseil de famille

Le conseil de famille est composé d'au moins quatre membres, y compris le tuteur et le subrogé tuteur (art. 399 CC). Le juge n'en fait pas partie : il le préside avec une voix prépondérante (art. 400 CC). Il désigne les membres du conseil de famille pour la durée de la tutelle parmi *les parents et alliés des père et mère du mineur ainsi que toute personne, résidant en France ou à l'étranger, qui manifeste un intérêt pour lui* (art. 399 CC). Il doit, dans la mesure du possible, éviter de *laisser l'une des deux branches, paternelle ou maternelle, sans représentation* (idem). Il choisit les membres du conseil de famille *en considération de l'intérêt du mineur et en fonction de leur aptitude, des relations habituelles qu'ils entretenaient avec le père ou la mère de celui-ci, des liens affectifs qu'ils ont avec lui ainsi que de la disponibilité qu'ils présentent* (idem).

Le conseil de famille adopte en votant des délibérations : le tuteur ou le subrogé tuteur, dans le cas où il remplace le tuteur, ne vote pas (art. 400 CC). Il *règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur en ayant égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer* (art. 401 CC). Il apprécie les indemnités qui peuvent être allouées au tuteur, et donne au tuteur les autorisations nécessaires pour la gestion des biens du mineur (idem).

Les délibérations du conseil de famille *sont nulles lorsqu'elles ont été surprises par dol ou fraude* (vice de fond) ou que des formalités

substantielles ont été omises (vice de forme). L'action en nullité peut être exercée par le tuteur, le subrogé tuteur, les autres membres du conseil de famille et le procureur de la République dans les deux années de la délibération ainsi que par le mineur devenu majeur ou émancipé dans les deux années de sa majorité ou de son émancipation (art. 402 CC). S'il y a eu dol ou fraude, la prescription commence à courir lorsque les faits sont découverts. Les actes accomplis en vertu d'une délibération annulée peuvent être annulés de la même manière : le délai court alors de l'acte, pas de la délibération (idem). Le dol est l'ensemble des agissements trompeurs qui ont entraîné le consentement qu'une des parties n'aurait pas donné, si elle n'avait pas été l'objet de ces manœuvres (le dol suppose une volonté de nuire de la part de l'auteur des manœuvres, et un résultat préjudiciable pour la personne qui en a été l'objet).

Les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille sont susceptibles d'appel dans un délai d'appel de quinze jours (art. 1239 à 1247 CPC). L'assistance d'un avocat ou d'un avoué n'est pas obligatoire.

Les mineurs non émancipés (sauf s'ils sont père ou mère du mineur en tutelle), les majeurs protégés, les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée et les personnes frappées d'une interdiction des droits civiques, civils et de famille (art. 131-26 CP) ne peuvent exercer les différentes charges de la tutelle (art. 395 CC).

Le conseil de famille est convoqué par le juge des tutelles (art. 1234 CPC). Sa réunion est de droit si elle est requise :

- par deux de ses membres ;
- par le tuteur ou le subrogé tuteur ;
- par le mineur lui-même âgé de seize ans révolus ;
- par le mineur âgé de moins de seize ans et capable de discernement, sauf décision contraire spécialement motivée du juge.

Le conseil de famille ne peut délibérer que si la moitié au moins de ses membres est présente : si ce nombre n'est pas atteint, le juge peut ajourner la réunion, ou prendre lui-même la décision en cas d'urgence (art. 1234-3 CPC). Le conseil de famille peut se prononcer sans se réunir (art. 1234-4 CPC). Les réunions du conseil de famille ne sont pas publiques. Les membres du conseil de famille sont tenus à l'obligation

de secret à l'égard des tiers (art. 1234-6 CPC). Le mineur peut assister à la réunion du conseil à titre consultatif (art. 1234-7 CPC).

Le conseil de famille désigne *pour la durée de la tutelle* (art. 406 CC) un tuteur au mineur, s'il n'y a pas de tuteur testamentaire ou si celui qui a été désigné en cette qualité vient à cesser ses fonctions (art. 404 CC). Le tuteur testamentaire est le tuteur désigné par le dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale (art. 403 CC) : cette désignation, qui ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire, s'impose au conseil de famille, à moins que l'intérêt du mineur commande de l'écarter (idem).

Le conseil de famille a une grande liberté (art. 405 CC) :

- il peut, selon la situation du mineur, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs tuteurs pour exercer la mesure de protection ;
- il peut décider que l'exercice de la tutelle sera divisé entre un tuteur chargé de la personne du mineur et un tuteur chargé de la gestion de ses biens, ou que la gestion de certains biens particuliers sera confiée à un tuteur adjoint.

La responsabilité du tuteur

Les tuteurs désignés sont indépendants et ne sont pas responsables l'un envers l'autre, sauf s'il en a été décidé autrement par le conseil de famille : ils s'informent toutefois des décisions qu'ils prennent. Chacun d'eux est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation (idem).

La tutelle comporte un subrogé tuteur nommé par le conseil de famille parmi ses membres (art. 409 CC) : si le tuteur est parent ou allié du mineur dans une branche, le subrogé tuteur est choisi, dans la mesure du possible, dans l'autre branche (idem). La charge du subrogé tuteur cesse lorsque cesse celle du tuteur. Le rôle du subrogé tuteur est de surveiller *l'exercice de la mission tutélaire et représente le mineur lorsque les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur* (art. 410 CC). Il est informé et consulté avant tout acte important accompli par le tuteur. Il surveille les actes passés par le tuteur et informe sans délai

le juge des tutelles s'il constate des fautes dans l'exercice de la mission tutélaire (idem).

Le tuteur prend soin de la personne du mineur (art. 408 CC). Il gère les biens du mineur et rend compte de sa gestion. Il peut agir seul pour les actes d'administration courante (travaux de réparation ou d'entretien) dits « de gestion », mais il doit obtenir l'accord du conseil de famille et du subrogé tuteur pour les actes dits « de disposition » (vente d'un bien immobilier). Il représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise le mineur à agir lui-même (idem). Il le représente aussi en justice, mais il ne peut agir, en demande ou en défense, pour faire valoir les droits extrapatrimoniaux du mineur, qu'après en avoir reçu l'autorisation (ou l'injonction) du conseil de famille, qui peut également lui enjoindre de se désister de l'instance ou de l'action, ou de transiger (idem). Le tuteur, après autorisation du conseil de famille, effectue les actes de disposition nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion par le mineur d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) ou d'une société unipersonnelle. Le tuteur n'est titulaire ni de l'autorité parentale ni, de fait de son exercice, qui peut éventuellement lui être délégué. La tutelle est une charge personnelle qui ne se transmet pas aux héritiers du tuteur (art. 407 CC).

La charge tutélaire peut être retirée *en raison de l'inaptitude, de la négligence, de l'inconduite ou de la fraude de celui à qui elle a été confiée*, quand *un litige ou une contradiction d'intérêts empêche le titulaire de la charge de l'exercer dans l'intérêt du mineur*, ou en cas *de changement important dans sa situation* (art. 396 CC). Les organes de la tutelle sont tous *responsables du dommage résultant d'une faute quelconque commise dans l'exercice de leur fonction* (art. 412 CC). Lorsque la faute a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle par le juge des tutelles, le greffier-en-chef du tribunal de grande instance ou le greffier, l'action en responsabilité est dirigée contre l'État qui dispose d'une action récursoire (idem) : une action récursoire lui permettra à son tour de poursuivre le juge des tutelles, le greffier-en-chef du tribunal de grande instance ou le greffier. L'action en responsabilité se prescrit par cinq ans à compter de la majorité de l'intéressé, ou de la fin de la mesure si elle cesse avant (art. 413 CC).

Chapitre 18

Les attributs de l'autorité parentale

PLAN DU CHAPITRE

1. Le droit coutumier de correction **293**

2. L'administration légale **298**

3. Le mineur a des droits **300**

Il a le droit d'avoir des relations sexuelles 301

Il a le droit d'avoir des relations homosexuelles 303

Il a le droit d'utiliser librement une méthode de contraception 304

Il a le droit d'avoir recours à l'interruption volontaire de grossesse 304

Il a le droit d'être soigné 305

Il a le droit que soit respectée sa vie privée 306

Il a le droit de s'exprimer en justice 306

L'AUTORITÉ PARENTALE confère aux parents des droits des devoirs et des obligations. Ils peuvent exercer leurs droits (et leurs devoirs) dans la limite de la mise en danger de l'enfant : l'article qui définit l'autorité parentale depuis le 4 mars 2002 précise que l'autorité parentale appartient aux père et mère pour protéger l'enfant *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* (art. 371-1 CC). Les notions de sécurité, santé, moralité, éducation renvoient clairement à l'article du même Code civil (issu de l'ordonnance du 23 décembre 1958 et modifié par la loi du 5 mars 2007) qui définit l'enfant en danger comme un enfant dont la santé, la sécurité ou la moralité sont en danger (art. 375 CC). L'article qui définit l'autorité parentale en précise les limites : la mise en danger de l'enfant.

1. LE DROIT COUTUMIER DE CORRECTION

La justice tolère néanmoins que les parents corrigent leurs jeunes enfants à l'aide de gifles ou de tapes inoffensives administrées dans un but éducatif (TP Bordeaux, 18 mars 1981) : le droit de donner des claques et des fessées est un droit coutumier reconnu par la jurisprudence.

La loi pénale française condamne pourtant les violences, et frapper un enfant, considéré comme une personne vulnérable, est une circonstance aggravante : l'autorité parentale doit plutôt s'exercer *dans le respect dû à la personne de l'enfant* (art. 371-1 CC). Les claques et les fessées pourraient être qualifiées de violences légères (les violences légères ne causent aucune interruption temporaire de travail), punies d'une contravention de quatrième classe, c'est-à-dire de 750 euros maximum (art. R. 624-1 CP). C'est pour cette raison que la jurisprudence de référence, citée ci-dessus, provient d'un tribunal de police : une institutrice qui avait giflé un garçon de dix ans était poursuivie par les parents pour violences légères, et le juge l'a relaxée en rappelant que le droit coutumier de correction est reconnu aux parents et aux enseignants.

> En effet, contrairement à une idée largement répandue, les punitions corporelles ne sont pas interdites dans les écoles françaises : elles n'ont été depuis 1887

que déconseillées par plusieurs circulaires successives (rappelons qu'une circulaire n'étant pas un texte normatif, elle ne peut rien interdire). Les enseignants sont d'ailleurs presque toujours relaxés par les tribunaux après que les parents aient porté plainte contre eux : le droit de réprimer un comportement grossier, insolent et perturbateur a été reconnu au professeur à Saint-Quentin (1982), à Rennes (1984 et 1991) et à Dijon (1991). La cour d'appel d'Angers a relaxé un professeur qui avait donné des gifles et même des *coups de pied dans les fesses* à une élève qui *cherchait depuis longtemps l'incident* (13 novembre 1982). La Cour de cassation reconnaît depuis plus d'un siècle aux enseignants *un droit de correction en raison de ses fonctions* [...] *comparable à un moindre degré à celui des parents, qui justifie certaines gifles ou soufflets* (Chambre criminelle, 18 février 1889 et 21 février 1967). Elle a estimé que l'enseignant qui s'était rendu coupable d'un geste de violence sur un élève perturbant le déroulement d'un cours avait exercé *un droit coutumier de correction manuelle des élèves par les maîtres, assimilé à celui reconnu aux père et mère de l'enfant, qui constitue un fait justificatif d'usage.* Il devait être relaxé puisqu'il apparaissait que ce droit avait été *exercé de manière adaptée, mesurée et nécessaire à la bonne tenue des élèves et au maintien de l'ordre dans la classe* (Chambre criminelle, février 1998, TI de Sarlat, 11 septembre 1997).

Les enseignants qui ont été condamnés l'ont été parce qu'ils avaient dépassé les limites fixées par la jurisprudence, comme ce professeur d'un collège de Berlaimont (Nord) : il a jeté par terre les affaires d'un élève de 6^{e} âgé de 11 ans qui refusait de les enlever d'une table, avant de le plaquer contre un mur. L'enfant l'a alors traité de connard, ce qui lui a valu une gifle, avant d'être de nouveau plaqué contre le mur. Le père a déposé plainte pour violence aggravée sur mineur de quinze ans (art. 222-13 CP). Le professeur a été condamné à 500 euros d'amende (TC Avesnes-sur-Helpe, 13 août 2008).

Le Code pénal prévoit des peines de 5 à 10 ans de prison et de fortes amendes, pour celui qui commet des violences habituelles sur un mineur de moins de 15 ans (art. 222-14 CP), avec ou sans ITT, ou des violences aggravées sur un mineur de moins de 15 ans avec une ITT de plus de huit jours (art. 222-12), avec une ITT de moins de huit jours ou sans ITT (art. 222-13 CP), mais la justice, par l'intermédiaire de la jurisprudence, reconnaît depuis toujours aux parents et aux enseignants un pouvoir disciplinaire à but éducatif qui, pour rester légitime, *doit s'exercer de manière inoffensive* (Chambre criminelle de la Cour de cassation, 31 janvier 1995). La justice se borne en fait à constater qu'il s'agit là d'un droit issu de la coutume, et la coutume, dans une démocratie, est plus importante que la loi tant qu'elle n'est pas illégale. La coutume permet par exemple à la femme mariée de se faire appeler du nom de son mari, qui est pourtant pour elle comparable à un pseudonyme, et c'est au nom de la coutume (et de l'esprit de la loi) que le mariage

homosexuel célébré à Bègles (33) a été annulé. Il faut rappeler le déferlement de moqueries et de haine qui a été déversé sur Edwige Antier, pédiatre et députée, lorsqu'elle a annoncé en novembre 2009 qu'elle allait déposer à l'Assemblée nationale une proposition de loi *visant à abolir les châtiments corporels infligés aux enfants* (déposée le 22 janvier 2010) pour comprendre à quel point les Français sont attachés à leurs claques et leurs fessées. Une telle proposition avait déjà été formulée par l'observatoire de la violence éducative ordinaire (OVEO) d'Olivier Maurel : elle proposait d'ajouter, au second alinéa de l'article 371-1 du Code civil, qu'*ils* (les parents) *s'abstiennent à son égard de toute punition corporelle et de tout châtiment humiliant*.

Ce droit coutumier de correction reconnu aux enseignants ne l'est pas aux éducateurs, animateurs, ou autres professionnels de l'encadrement des mineurs. Une assistante maternelle professionnelle qui avait *donné à un enfant de 8 ans placé chez elle des fessées trop appuyées* a pourtant été dispensée de peine après avoir été reconnue coupable *aux motifs que le droit de correction manuel reconnu aux parents de substitution devait être exercé avec mesure* (Cour d'appel de Bourges, 1er avril 1999).

Le Conseil de l'Europe a plusieurs fois demandé aux États membres de revoir leur législation, et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 26 mars 1985 une recommandation qui estime que *les châtiments sont un mal qu'il faut au moins décourager avant de l'interdire*. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a estimé le 23 septembre 1998 qu'un beau-père qui avait *frappé avec beaucoup de force* et avec une canne un enfant de neuf ans ne pouvait invoquer le moyen de défense du *châtiment raisonnable* qui avait pourtant convaincu les juridictions de son pays. La Grande-Bretagne a interdit les châtiments corporels à l'école publique en 1986 et dans les établissements privés en 1999, mais elle se refuse à les interdire à la maison s'ils sont appliqués dans *un cadre aimant et affectueux*, selon la formulation adoptée en janvier 2000. La Cour européenne des droits de l'Homme a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui interdit la torture et les traitements inhumains ou dégradants.

En Europe, les claques et les fessées sont déjà interdites dans 18 pays comme la Suède (la première, en mars 1979, à légiférer sur la question), la Finlande, la Norvège, l'Autriche, Chypre, le Danemark, l'Italie, la Lettonie et l'Allemagne. Elles sont interdites dans vingt-trois pays du

Monde (sur cent quatre-vingt-seize), et vingt-quatre autres ont promis de le faire dès que possible. La Cour suprême du Canada, après un long débat, a autorisé, le 30 janvier 2004, *tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère* (extrait de l'article 43 du Code criminel du Canada) *à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.* Elle autorise explicitement dans ses attendus à frapper sur les fesses (et seulement sur les fesses) les enfants âgés de 2 à 12 ans.

Le juge qui, le 18 mars 1981, présidait le tribunal de police de Bordeaux, a estimé que, *si les châtiments corporels ou même le traditionnel droit de correction ne correspondent plus à l'état de nos mœurs, les parents et les enseignants possèdent toujours, dans un but éducatif, un pouvoir disciplinaire pouvant éventuellement s'exercer sur de jeunes enfants sous forme de gifles ou de tapes inoffensives.*

En nommant gifles et tapes, on peut imaginer que le magistrat a voulu interdire l'usage du martinet, autre tradition française, et « inoffensives » peut être compris de deux manières : qui ne fait pas trop mal, et qui n'offense pas.

Le père disposait jadis d'un droit paternel d'incarcération appelé « correction paternelle » créé par un Édit royal de 1639 (signé, donc, Louis XIII), qui imposait la soumission de l'enfant à l'autorité de son père : *la révérence naturelle des enfants envers leurs parents est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain.* Le père de famille détenteur de la puissance paternelle se voyait attribuer le droit de correction paternelle : si l'autorité du père était bafouée, la paix familiale compromise ou que le père avait de graves sujets de mécontentement, il pouvait faire interner son enfant par la puissance publique. L'expression a été reprise en 1804 : si le père avait *des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant* (ancien art. 375 CC), il pouvait exiger l'incarcération de son enfant mineur pour une durée maximale d'un mois (moins de seize ans) ou de six mois (plus de seize ans). Le *président du tribunal d'arrondissement* devait *délivrer l'ordre d'arrestation* (ancien art. 376 CC), mais, pour les mineurs de plus de seize ans, il pouvait, *après en avoir conféré avec le commissaire du Gouvernement* (l'ancêtre du procureur), le refuser, ou *abréger le temps de la détention requis par le père* (ancien art. 377 CC). La justice était alors peu respectueuse du droit des enfants, qui étaient même incarcérés avec les majeurs jusqu'à l'adoption de la loi du 5 août 1850

sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus, qui a institué trois catégories d'établissements :

- les établissements pénitentiaires (mineurs enfermés au titre de la correction paternelle) ;
- les colonies pénitentiaires publiques ou privées (mineurs acquittés pour manque de discernement et jeunes condamnés de six mois à deux ans d'emprisonnement) ;
- les colonies correctionnelles (mineurs condamnés à plus de deux ans d'emprisonnement et insoumis ou rebelles des colonies pénitentiaires).

La colonie de Mettray (Indre-et-Loire), inaugurée le 22 janvier 1840, était une colonie pénitentiaire : Jean Genet y évoque sa détention dans son roman *Miracle de la Rose* (1946). Les colonies pénitentiaires et les colonies correctionnelles sont aussi appelées bagnes d'enfants : Louis Roubaud, journaliste, leur consacre un livre qui raconte le quotidien et les révoltes des enfants détenus, *Les enfants de Caïn* (1932).

Le 31 décembre 1927, les colonies correctionnelles et pénitentiaires sont par décret rebaptisées maisons d'éducation surveillée, mais appelées maisons de redressement ou maisons de correction (et les colons deviennent des pupilles). Le corps des moniteurs-éducateurs, ancêtres des éducateurs, est créé en 1935 : titulaires de diplôme d'assistant social ou du certificat d'aptitude à l'enseignement des enfants arriérés (créé en 1909), ils sont chargés de la formation professionnelle et de la discipline.

Le 30 octobre 1935, un décret-loi sonne le glas du droit paternel d'incarcération : il remplace la correction paternelle par le placement en maison d'éducation surveillée ou en institution (un autre le même jour abroge la loi qui permet d'incarcérer les mineurs vagabonds). L'ordonnance du 1er septembre 1945 crée au sein de l'administration pénitentiaire la direction de l'Éducation surveillée : elle dispense une formation professionnelle aux mineurs. Les pouvoirs du père seront encore réduits par l'ordonnance du 23 décembre 1958 qui créera l'assistance éducative et attribuera au juge des enfants créé le 2 février 1945 un rôle civil de protection en partant du principe qu'un mineur délinquant est souvent un mineur qui n'a pas été protégé assez tôt.

2. L'ADMINISTRATION LÉGALE

L'autorité parentale porte sur la personne et sur les biens de l'enfant : l'administration légale permet aux parents de gérer les biens de leur enfant âgé de moins de seize ans, et d'en jouir (art. 382 CC). L'administration légale est pure et simple lorsque les père et mère *exercent en commun l'autorité parentale* (art. 383 CC) : ils gèrent tous les deux les biens de l'enfant. La loi du 23 décembre 1985 (entrée en vigueur le 1er juillet 1986) a modifié l'article 383 du Code civil qui prévoyait que *l'administration légale est exercée par le père avec le concours de la mère*. Les parents gèrent sans aucun contrôle (purement et simplement) les biens que possède leur enfant (argent de poche, héritage, salaire, dons), mais ils auront éventuellement à sa majorité à lui rendre des comptes. L'administration légale est placée sous contrôle judiciaire lorsque *l'un ou l'autre des deux parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale* (art. 389-2 CC), ou *en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale* (idem) : il gère alors les biens de l'enfant *sous le contrôle du juge* (art. 383 CC). Le juge compétent est le juge des tutelles des mineurs, fonction théoriquement occupée par le juge aux affaires familiales depuis le 1er janvier 2010. Le droit de jouissance est attaché à l'administration légale : le droit des parents de jouir des biens de leur enfant *appartient soit aux deux parents conjointement, soit à celui des père et mère qui a la charge de l'administration* (idem). Il cesse *dès que l'enfant a seize ans accomplis, ou même plus tôt quand il contracte mariage* (art. 384 CC).

L'administrateur légal (souvent l'un des deux parents) représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, *sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* (art. 389-3 CC). Lorsque les intérêts de l'enfant sont en contradiction avec ceux de son administrateur légal, le juge des tutelles des mineurs saisi par le ministère public, par le mineur ou d'office, doit lui nommer un administrateur *ad hoc* (art. 388-2 CC).

Les actes que le mineur peut faire seul ne sont pas tous précisément définis (nous tentons néanmoins d'en proposer une liste exhaustive) : la jurisprudence considère qu'il s'agit d'actes de la vie courante, comme acheter un ticket de métro, une place de cinéma, un pain aux raisins ou une BD. Il peut aussi par testament léguer la moitié de ses biens (art. 904 CC). Il peut également reconnaître son enfant et déclarer sa

naissance. Il peut ouvrir un carnet de caisse d'épargne (art. L. 221-3 du Code monétaire et financier) ou un Livret jeune à partir de seize ans (art. L. 221-24 CMF) mais il ne peut pas effectuer de retraits sans l'accord de ses parents. Il peut accomplir des actes conservatoires pour sauvegarder un élément de son patrimoine (travaux d'entretien, souscription d'assurance, apposition des scellés...). Il peut adhérer à une association (il n'existe aucune disposition légale qui fixe un âge légal minimum), mais il doit avoir seize ans pour voter en assemblée générale, ou être élu au conseil d'administration. Il doit être majeur pour siéger au bureau. Il peut s'engager dans l'armée s'il a plus de dix-sept ans. Il n'a par contre plus le droit d'acheter du tabac et des cigarettes (art. L. 3511-2-1 CSP) depuis la publication du décret 2010-545 du 25 mai 2010 pris en application de l'article 98 de la loi 2009-879 du 21 juillet 2009 *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* (HPST). Le fait de vendre ou d'offrir, dans les débits de tabac, dans tous commerces ou lieux publics, des produits du tabac à un mineur est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe, sauf si le contrevenant prouve avoir été induit en erreur sur l'âge du mineur (art. R. 3512-3 CSP). La personne chargée de vendre des produits du tabac peut exiger que les intéressés établissent la preuve de leur majorité par la production d'une pièce d'identité ou de tout autre document officiel muni d'une photographie (idem). Il n'a plus non plus le droit d'acheter de l'alcool (art. L. 3342-1 CSP) depuis la promulgation de la loi 2009-879 du 21 juillet 2009 *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* (HPST) qui n'a pas eu besoin de décret d'application. La vente à des mineurs de boissons alcooliques est punie de 7 500 euros d'amende, comme *l'offre de ces boissons à titre gratuit à des mineurs, dans les débits de boissons et tous commerces ou lieux publics* (art. L. 3353-3 CSP).

Le mineur peut travailler à partir de quinze ans (apprentissage en alternance) ou de seize ans (à la fin de l'obligation scolaire). Il peut s'il a plus de quatorze ans (art. L. 4153-3 CT) travailler pendant les vacances scolaires avec l'accord écrit de l'inspecteur du travail et sous certaines conditions (tâches interdites, horaires limités, structures inaccessibles). Il peut à partir de quinze ans signer un contrat de travail, mais il doit être contresigné par un titulaire de l'exercice de l'autorité parentale (le Code du travail prévoit des dispositions particulières pour le travail des enfants artistes et des enfants mannequins). Le mineur peut adhérer à un syndicat à partir de seize ans s'il est salarié. Il peut voter aux élections

professionnelles et aux élections prud'homales (art. L. 1441-1 CT). Il doit avoir vingt-et-un ans pour être éligible au conseil des prud'hommes et dix-huit ans pour être élu à un poste de représentation du personnel. Il peut dès seize ans saisir le conseil des prud'hommes (art. L. 1453-1 CT). Il ne peut réaliser seul le moindre acte de disposition ou de gestion (il ne peut pas vendre ou donner un bien, des actions, ou signer un bail, un chèque). Il peut depuis le 15 juin 2010 *accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée* (EIRL) *ou d'une société unipersonnelle* (art. 389-8 CC) à condition d'y être *autorisé par ses deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles* (idem). Il peut également y être autorisé par le conseil de famille (art. 401 CC).

Les actes accomplis par le mineur pourront dans certains cas être annulés pour incapacité (art. 1108 et 1124 CC), ils pourront dans d'autres cas être rescindés pour lésion (art. 1305 CC). Les actes qui peuvent être annulés pour incapacité sont ceux que l'administrateur judiciaire ou le tuteur n'auraient pas pu effectuer sans l'accord du juge, comme la vente d'une maison, la souscription d'un emprunt ou d'une assurance vie. Le représentant légal du mineur peut agir pendant les cinq ans qui suivent l'acte, le mineur pourra agir durant les cinq ans qui suivront sa majorité ou son émancipation.

Les actes rescindables pour lésion sont ceux que l'administrateur judiciaire ou le tuteur auraient pu effectuer sans l'accord du juge : ils ne peuvent pas être annulés pour incapacité. La lésion est un préjudice, la rescision une sorte de synonyme juridique d'annulation : la rescision pour lésion est une sorte d'annulation pour préjudice. Le représentant légal du mineur peut agir pendant les cinq ans qui suivent l'acte, le mineur pourra agir durant les cinq ans qui suivront sa majorité ou son émancipation.

3. LE MINEUR A DES DROITS

Il a le droit de s'exprimer : *dans toute procédure le concernant*, il peut *être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet, à condition d'être capable*

de discernement (art. 388-1 CC). Il peut être entendu seul ou avec la personne de son choix (voir ci-après le chapitre consacré à l'expression de l'enfant en justice). Il a le droit (à partir de treize ans) de refuser son adoption, de refuser le nouveau nom de famille attribué à son père et de refuser de devenir français si ses parents le deviennent. Il a le droit d'avoir des relations avec ses frères et sœurs : *l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution* (art. 371-5 CC voté en 1996 à la demande du Parlement des enfants créé en 1994). Le juge (aux affaires familiales, des enfants, d'instruction) doit statuer sur les relations personnelles entre les frères et sœurs (idem). En cas de placement, le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché pour faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par son ou ses parents et le maintien de ses liens avec ses frères et sœurs (art. 375-7 CC).

Le mineur capable de discernement qui fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative (voir le chapitre suivant consacré à la protection de l'enfance) peut dès l'avis d'ouverture de la procédure consulter le dossier au greffe jusqu'à la veille de l'audition ou de l'audience (art. 1187 CPC). La consultation du dossier par le mineur capable de discernement ne peut se faire qu'en présence de son père, de sa mère ou de son avocat : en cas de refus des parents et si l'enfant n'a pas d'avocat, le juge lui fait commettre d'office un avocat ou autorise le service éducatif chargé de la mesure à l'accompagner pour cette consultation (idem). Le juge peut, en l'absence d'avocat, exclure par décision motivée *tout ou partie des pièces de la consultation par l'un ou l'autre des parents, le tuteur, la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié ou le mineur lorsque cette consultation ferait courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à un tiers* (idem).

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

Il a le droit d'avoir des relations sexuelles

Le détournement de mineur a disparu du Code pénal le 1er mars 1994 (date de publication du Nouveau Code pénal, qui a remplacé le Code pénal originel de 1810). Il a été remplacé par les délits de provocation (art. 227-18 CP et suivants) et de corruption de mineur (art. 227-22 CP). Le détournement de mineur n'a jamais rien eu de sexuel : c'était un délit constitué par le fait de soustraire un mineur aux adultes ayant

autorité sur lui (art. 227-8 CP), de le détourner de son « droit chemin ». Le détournement de mineur se référait donc à la majorité civile, pas à la majorité sexuelle.

La majorité sexuelle est fixée en France à quinze ans pour les garçons et pour les filles depuis l'Ordonnance 45-1456 du 2 juillet 1945. Elle était auparavant fixée à treize ans par la loi du 13 mai 1863, à onze ans par la loi du 28 avril 1832 qui a introduit dans le droit français le seuil de majorité sexuelle (et qui a aboli le pilori !). La majorité sexuelle n'apparaît sous ce nom dans aucun article de code : on la déduit de l'article 227-25 du Code pénal qui punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, par un majeur, *d'exercer sans violence, menace, contrainte ou surprise, une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans*. Il faut toujours par mineur de quinze ans, comprendre « mineur de moins de quinze ans ». Une relation sexuelle qui se déroule sans violence, menace, contrainte ou surprise est une relation sexuelle consentie : la violence, la contrainte et la surprise sont comme la menace constitutives de l'agression (art. 222-22 CP). Le mineur ne peut donc pas avoir de rapports sexuels consentis avec un majeur avant d'avoir quinze ans : la loi estime que son éventuel consentement serait vicié (frappé d'un vice de consentement). La relation sexuelle peut donc être qualifiée d'agression sexuelle (s'il n'y a pas pénétration) ou de viol (s'il y a pénétration).

Il n'existe aucune disposition pénale qui permette de punir les relations sexuelles sans violence, menace, contrainte ou surprise sur un mineur de plus de quinze ans, sauf si elles sont commises par un ascendant légitime, naturel ou adoptif du mineur, par une personne ayant autorité sur la victime, ou par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions (art. 227-27 CP). Le mineur de plus de quinze ans peut donc avoir des relations sexuelles librement consenties avec un majeur à condition qu'il n'ait pas sur lui une autorité professionnelle familiale ou ponctuelle. La loi estime que le mineur n'est pas suffisamment mûr pour que son consentement soit recevable dans une telle situation.

L'inceste, défini comme un rapport charnel entre proches parents ou alliés dont le mariage est prohibé par la loi, n'existe pas, sous ce nom, dans le Code pénal. Il n'est pénalisé que si l'un des deux partenaires est mineur ou si, majeur, il n'est pas réellement consentant. L'enfant né d'une relation incestueuse ne pourra avoir de filiation établie qu'avec un seul de ses deux parents (art. 310-2 CC), il est interdit d'établir la

filiation de l'autre par quelque moyen que ce soit (idem) : une fille sera donc la fille de sa mère et la petite-fille de son père, ou la sœur de sa mère et la fille de son père.

L'âge de la majorité sexuelle n'est pas l'âge à partir duquel un mineur peut avoir des relations sexuelles, mais bien l'âge à partir duquel il peut avoir des relations sexuelles avec un partenaire majeur. Il n'existe aucune disposition légale qui limite ou interdise les relations sexuelles entre mineurs. Un principe de jurisprudence estime qu'il faut que la différence d'âge entre les partenaires rende le consentement du plus jeune plausible. Il est à noter, sans vouloir polémiquer plus que de raison, que rares sont les structures d'accueil de mineurs qui autorisent ou même tolèrent les relations sexuelles entre usagers (certains vont jusqu'à les interdire formellement). La célèbre, totalement inutile et discriminatoire loi 2002-2 du 2 janvier 2002 *rénovant l'action sociale et médico-sociale* prévoit pourtant que l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par les établissements et services sociaux et médico-sociaux, et que lui sont *assurés le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité* (art. L. 311-3 CASF). Le mineur a aussi droit à la confidentialité des informations le concernant et il a *accès à toute information ou document relatif à sa prise en charge* : autant de droits qui ne sont guère respectés. Il peut aussi consulter seul le médecin de son choix, pas celui choisi par la structure, et prendre l'avocat de son choix, pas celui fourni par l'ASE, etc. Cela n'empêche pas les évaluations internes et externes de tresser à la quasi-totalité de ces structures des couronnes de louanges mâtinées pour la forme de « peut mieux faire » sur tel ou tel point anecdotique.

Il a le droit d'avoir des relations homosexuelles

La majorité sexuelle est fixée à quinze ans pour les relations hétéro ou homosexuelles depuis que la loi 82-683 du 4 août 1982 a dépénalisé en France l'homosexualité en abrogeant l'alinéa 3 de l'article 331 du Code pénal, adopté le 6 août 1942, qui incriminait *quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu mineur du même sexe*. Le 18 juillet 1860, l'amendement Mirguet (du nom de Paul Mirguet, député) à la loi adoptée le 30 juillet 1860 autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures contre les dits

© Dunod – La photocopie non autorisée est un délit

fléaux sociaux, classe l'homosexualité parmi les fléaux sociaux aux côtés de l'alcoolisme, de la tuberculose, de la toxicomanie, du proxénétisme et de la prostitution. Elle a aussi abrogé l'alinéa 2 de l'article 330 du Code pénal (créé par l'ordonnance du 25 novembre 1960 et rendu possible par l'amendement Mirguet) qui pénalisait les relations homosexuelles entre adultes consentants. L'homosexualité n'a par contre été retirée par l'OMS de la liste des maladies mentales que le 17 mai 1993.

Il a le droit d'utiliser librement une méthode de contraception

La loi 2001-588 du 4 juillet 2001 *relative à l'interruption de grossesse et à la contraception* (qui a prolongé de dix à douze semaines le délai légal pour que soit pratiquée l'IVG) a supprimé l'autorisation parentale jusque-là indispensable pour qu'une mineure utilise une méthode de contraception : *le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures* (article L. 5134-1 CSP). D'ailleurs, *les centres de planification ou d'éducation familiale sont autorisés à délivrer, à titre gratuit, des médicaments, produits ou objets contraceptifs, aux mineurs désirant garder le secret* (art. L. 2311-4 CSP), et *les frais d'examens de biologie médicale ordonnés en vue de prescriptions contraceptives sont supportés par les centres de planification ou d'éducation familiale* (idem). La loi 2000-1209 du 13 décembre 2000 *relative à la contraception d'urgence* institue le principe de la délivrance de produits de contraception d'urgence pour les mineures en difficulté : ces produits peuvent être délivrés gratuitement aux mineures qui en font la demande (idem).

Il a le droit d'avoir recours à l'interruption volontaire de grossesse

Les mineures enceintes n'ont pas besoin de l'accord de leur(s) parent(s) pour avoir recours à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) : l'accord d'un au moins des deux était exigé (ancien art. L. 162-7

CSP) jusqu'à la loi du 4 juillet 2001, mais le juge des enfants avait la possibilité d'autoriser l'IVG. L'interruption volontaire de grossesse est gratuite pour les mineures. Le consentement d'un au moins ou des deux parents reste toutefois la règle, et le secret, l'exception : *si la femme est mineure non émancipée, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli* (art. L. 2212-7 CSP). Néanmoins, *si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ou doit vérifier que cette démarche a été faite lors de l'entretien [...], si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée* (idem). La mineure doit néanmoins être accompagnée d'un adulte de son choix (idem).

Il a le droit d'être soigné

Le mineur peut se faire soigner ou opérer sans même que ses parents en soient informés : la célébrissime autorisation d'opérer réclamée par les structures péri/para/post-scolaires n'a donc absolument aucune utilité. En effet, lorsque le traitement ou l'intervention s'impose *pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé* (art. L. 1111-5 CSP) le médecin peut *se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre* (idem). Il doit toutefois s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à la consultation de ses parents, mais, dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Le mineur doit se faire accompagner d'une personne majeure de son choix (idem). Si *le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur [...], le médecin doit délivrer les soins indispensables* (art L. 1111-4 CSP) : il n'a là encore pas besoin de leur accord et n'est pas tenu de respecter leur

interdiction ou leur refus (voir également le chapitre traitant de la tutelle des majeurs).

Il a le droit que soit respectée sa vie privée

Chacun a droit au respect de sa vie privée (art. 9 CC) : chacun, majeur ou mineur. Les textes internationaux ou communautaires considèrent tous que la protection de la vie privée est un droit fondamental : *nul ne fera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance* (art. 12 DUDH), *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* (art. 8 CEDH), et *nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation* (art. 16-1 CIDE). D'ailleurs, *l'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* (art. 16-2 CIDE).

Le fait, *commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance* (art. 226-15 CP) est un délit *puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* (idem pour les correspondances émises, *transmises ou reçues par la voie des télécommunications*). L'impunité prévue par l'article 311-12 du Code pénal qui prévoit que *ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne au préjudice de son ascendant ou de son descendant ; de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément* ne s'applique pas en la matière.

Il a le droit de s'exprimer en justice

L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, souvent appelée Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), prévoit que l'enfant a *la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation* du pays où il se trouve.

La CIDE a été adoptée le 20 novembre 1989 sous l'égide de l'ONU : tous les pays du Monde l'ont signée, sauf les USA (dont certains États pratiquent la peine de mort sur les mineurs) et la Somalie (il y a entre 191 et 231 pays sur Terre, selon que l'on compte ou non le Vatican, la Palestine, Taïwan, etc.). La CIDE est entrée en vigueur le 2 septembre 1990. Le 26 janvier 1990, elle a été signée par la France, qui l'a ratifiée le 7 août 1990 : elle s'applique dans notre pays depuis le 6 septembre 1990.

Le 27 mars 1996, par le vote de la loi 96-296 du 9 avril 1996 *tendant à faire du 20 novembre une Journée nationale des droits de l'enfant*, le Parlement français a reconnu le 20 novembre comme « journée nationale des droits de l'enfant ». Comment peut-on, vous demandez-vous probablement, trouvant décidément au droit des aspects bien mystérieux, voter le 27 mars la loi du 9 avril ? Le 27 mars correspond à son adoption par l'Assemblée nationale, après que le Sénat, qui en était l'instigateur par l'intermédiaire de Marie-Claude Beaudeau, alors sénateur du Val-d'Oise, l'ait adoptée le 14 novembre 1995. Mais alors, quid du 9 avril ? c'est la date de se promulgation par Jacques Chirac, alors président de la République. Il en va ainsi de toutes les lois...

La CIDE précise, toujours dans son article 12, que *les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité*. Le contenu de la CIDE a donc inspiré, et inspire toujours, le droit interne français, dans lequel la plupart de ses dispositions, subjectives, ont été concrétisées en droit objectif, ou positif, donc opposable.

En France, le mineur *capable de discernement* (art. 388-1 CC) peut, dans toute procédure qui le concerne, *être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet* (idem). Il s'agit ici du juge qui instruit la procédure en question : le JAF, le juge des tutelles, le juge d'instruction au pénal, ou le juge de l'enquête et des libertés qui va le remplacer. Il serait dommage de croire que seul le juge des enfants est susceptible d'entendre un mineur dans le cadre d'une procédure. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande : avant le 1er janvier 2009 (entrée en application de la loi du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance*), le juge pouvait écarter l'audition que le mineur demandait *par une décision*

spécialement motivée (ancien art. 388-1 CC). Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus : il ne délivre pas le mandat d'amener prévu par le Code de procédure pénale. Le mineur peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix (idem). Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat (idem, depuis 2007). Si son choix n'apparaît pas conforme à son intérêt, le juge peut désigner une autre personne (idem), comme un administrateur *ad hoc*.

Le discernement est une notion subjective laissée à l'appréciation du juge, qui peut l'étayer d'une expertise psychologique ou psychiatrique : aucun âge n'a été défini (sept ans n'est qu'un « âge de raison » hérité du droit romain qui en faisait la fin officielle de l'enfance). La Cour de cassation, dont la mission est également de « dire le droit » en précisant la loi, évalue l'âge du discernement entre sept et treize ans.

La loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*, impose aux parents d'*associer l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* (art. 371-1 CC).

Le juge, au cours de l'audition, ne recueille que l'avis de l'enfant, pas son accord ou sa décision : il est faux, par exemple, de prétendre qu'à partir de treize ans, l'enfant décide, en cas de divorce, chez lequel de ses deux parents il va vivre. Il ne peut qu'exprimer sa préférence, s'il en a une, ou donner son avis : il n'était pas prévu avant la loi du 8 janvier 1993 d'entendre le mineur de moins de treize ans. Le juge ne doit recueillir l'accord du mineur de plus de treize ans que dans le cadre d'une adoption, d'un changement de nom ou d'une naturalisation.

Les conditions de l'audition de l'enfant en justice sont prévues par le décret 2009-572 du 20 mai 2009 *relatif à l'audition de l'enfant en justice* qui, après l'adoption et l'entrée en application de la loi du 5 mars 2007, a modifié le Code de procédure civile (art. 338-1 à 338-12 CPC). Il précise *que le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant* (art. 338-1 CPC). Il précise également que le juge peut décider d'entendre le mineur et le mineur peut demander à être entendu : *la demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même ou par les parties* (art. 338-2 CPC), à n'importe quel moment de la procédure ou en appel. Lorsque la demande est

formulée par le mineur, le juge ne peut refuser de l'entendre que pour son absence de discernement ou parce que la procédure ne le concerne pas (art. 338-4 CPC). Le refus du juge n'est pas susceptible d'appel (art. 338-5 CPC). Si le mineur souhaite être assisté d'un avocat et qu'il n'en a pas choisi un lui-même le juge lui en fait désigner un d'office.

L'avocat d'enfants

Sans l'accord de ses parents, le mineur capable de discernement peut prendre un avocat (art. 388-1 CC). Il bénéficie alors de plein droit de l'aide juridictionnelle.

L'article 5 de la loi 91-647 du 10 juillet 1991 *relative à l'aide juridique* prévoit que les ressources des personnes vivant au foyer ne sont pas prises en compte dans l'appréciation des ressources du demandeur de l'aide juridictionnelle si la procédure oppose entre elles les personnes vivant habituellement au même foyer, ou s'il existe entre elles, *une divergence d'intérêt rendant nécessaire une appréciation distincte des ressources*. Précisons que l'aide juridique comprend l'aide juridictionnelle, l'aide à l'accès au droit, l'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue et l'aide en matière de médiation et de composition pénales. L'article 6 de cette même loi permet, à titre exceptionnel, d'accorder l'aide juridictionnelle *aux personnes ne remplissant pas les conditions de revenus fixées à l'article 4, lorsque leur situation apparaît particulièrement digne d'intérêt*.

L'article 1 de l'ordonnance du 8 décembre 2005 a modifié l'article 5 de la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridictionnelle : il prévoit désormais que les ressources des parents ne sont pas prises en compte pour l'aide juridictionnelle *lorsque la demande concerne l'assistance d'un mineur en application de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, se manifeste un défaut d'intérêt à l'égard du mineur des personnes vivant habituellement à son foyer*.

Il serait plus simple, je vous l'accorde, qu'un article proclame, dans le Code de procédure civile et dans le Code de procédure pénale, que l'aide juridictionnelle est de droit pour les mineurs. On pourrait sur le sujet saisir le défenseur des enfants, si sa fonction n'était pas en voie de disparition.

Le mineur peut en théorie choisir n'importe quel avocat, qui est libre d'accepter ou non de l'assister. Un avocat a en effet le droit de refuser

une affaire, il a aussi le droit de refuser un client qui bénéficie de l'aide juridictionnelle, et tout avocat est potentiellement avocat d'enfants : cette étiquette permet à ceux qui la portent de se faire reconnaître par les mineurs. Il y a, dans presque tous les barreaux de France, une association d'avocats d'enfants, qui tient souvent des permanences à proximité des TGI ou dans les maisons de la justice et du droit (le mercredi après-midi, en général).

L'administrateur ad hoc

Lorsque les intérêts du mineur se trouvent en contradiction avec les intérêts d'un ou de ses représentants légaux, lorsqu'ils ne peuvent pas ponctuellement le représenter, ou lorsque leur impartialité ne semble pas suffisante, n'importe quel juge peut nommer, à n'importe quelle étape de n'importe quelle procédure pénale (art. 706-50 CPP) ou civile (art. 388-2 CC), un administrateur *ad hoc* : c'est par défaut le rôle du juge des tutelles, *a priori* des mineurs depuis la récente réforme. L'administrateur *ad hoc* peut également être, en cas d'urgence, nommé par le parquet. Le terme *ad hoc* signifie « pour cela » (la racine grecque a donné adéquat) : l'administrateur *ad hoc* a une mission et une compétence limitées à ce pour quoi il est nommé. Il a pour mission de représenter le mineur (il fait pour lui) quand l'avocat ne peut que l'assister (il fait avec lui) : dans la procédure pour laquelle il est nommé, il représente le mineur.

Au civil, il assiste le mineur dans des litiges souvent familiaux. Au pénal, il se constitue partie civile en son nom lorsque ses parents ne le font pas ou ne sont pas en mesure de le faire. Il accompagne l'enfant pendant la procédure et pendant le procès. Il demande et tente d'obtenir des dommages et intérêts. Il en vérifie le versement, éventuellement en missionnant un huissier de justice ou en saisissant la CIVI, la commission d'indemnisation des victimes d'infraction. Il choisit l'avocat du mineur dont il devient l'interlocuteur privilégié.

L'administrateur *ad hoc* peut être une personne physique ou une personne morale (une association ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance). Il est dressé tous les quatre ans, dans le ressort de chaque cour d'appel, une liste sur laquelle sont inscrits les administrateurs *ad hoc* susceptibles d'être désignés (art. R. 53 CPP). Les critères de nomination de l'administrateur *ad hoc* sont à peu près les

mêmes que pour les assesseurs des tribunaux pour enfants, qui sont *choisis parmi les personnes âgées de plus de trente ans, de nationalité française, et qui se sont signalées par l'intérêt qu'elles portent aux questions de l'enfance et par leurs compétences* (art. L. 251-4 COJ). La fonction d'administrateur *ad hoc* est quasiment bénévole (voir l'arrêté du 2 septembre 2008 *relatif aux frais de justice criminelle en matière de médecine légale, de traduction, d'interprétariat et d'administration ad hoc*).

L'observatoire national de l'enfance en danger propose sur son site Internet (www.oned.gouv.fr) un dossier très complet sur l'administrateur *ad hoc*.

Chapitre 19

La protection de l'enfant en danger, ou en risque de l'être

PLAN DU CHAPITRE

1. Petit historique de la protection de l'enfance 317

La création de l'aide sociale à l'enfance (ASE) 319

2. La réforme de la protection de l'enfance 321

L'application de la loi du 5 mars 2007 323

3. Le signalement de l'enfant en danger ou en risque de l'être 324

Des informations préoccupantes 325

Le président et le procureur 328

Signaler est une obligation 329

4. Les mesures de protection de l'enfant en danger ou en risque de l'être 331

La protection administrative 331

La protection judiciaire 335

LES PARENTS disposent, pour élever leur enfant, d'une grande liberté. La mise en danger de l'enfant est l'ultime limite de leur autorité parentale. Elle leur attribue un nombre conséquent de droits (le droit d'imposer à l'enfant sa religion, de lui donner des claques, de l'inscrire chez les scouts) qu'ils exercent comme bon leur semble, quelques devoirs et peu d'obligations (obligation scolaire, alimentaire : même l'obligation de soins est peu définie, elle permet aux parents de croire en l'homéopathie, ou d'emmener leur enfant avaler d'infâmes hamburgers sur des parkings de zone commerciale). L'autorité parentale n'est d'ailleurs aux yeux de la loi qu'un ensemble de droits et de devoirs (art. 371-1 CC) : il n'est même pas fait référence aux obligations (on peut d'ailleurs le regretter), qui, si elles ne sont pas respectées, peuvent tout de même entraîner des sanctions (abandon de famille pour l'obligation alimentaire, défaut de soin, ou d'inscription dans un établissement d'enseignement sans excuse valable...).

Les parents doivent *protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité,* [...] *assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* (art. 371-1 CC) : la liberté éducative des parents ne leur permet pas sortir de sortir de ce pré carré, ils ne sont pas autorisés à mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité et l'éducation de leur enfant mineur. Les termes sécurité, santé, moralité, éducation renvoient à l'article 375 du Code civil qui définit la mise en danger de l'enfant : *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice* [...]. Cet article est issu de l'ordonnance 58-1301 du 23 décembre 1958 *relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger* (sa rédaction a été modifiée depuis, sans toutefois varier sur le fond), qui a confié au juge des enfants une mission d'assistance éducative. On a en effet constaté à cette époque que, *par un étonnant paradoxe, c'est lorsqu'il a commis un acte antisocial que l'enfant est le mieux protégé par l'institution judiciaire : les moyens d'éducation mis par l'Ordonnance de 2 février 1945 à la disposition du juge des enfants sont refusés à de nombreux enfants que leurs conditions de vie mettent en danger physique ou moral, que leur état prédestine à la délinquance et aux formes graves de l'inadaptation sociale* (extrait de l'exposé des motifs). Le juge des enfants, né le 2 février 1945, après

une première tentative, louable mais limitée, le 22 juillet 1912 (un seul tribunal existe alors à Paris, compétent pour le département de la Seine, ailleurs, le tribunal correctionnel siège le jeudi après-midi – jour des enfants – comme tribunal pour enfants), n'a été pendant treize ans qu'un juge répressif chargé de sanctionner les mineurs délinquants (la formule est impropre, mais généralisée : un délinquant a commis un délit, le juge des enfants poursuit aussi des contrevenants et des criminels) : l'ordonnance de 1958 lui permet de devenir aussi un juge civil qui protège les mineurs.

L'article 375 CC reste relativement flou : on peut légitimement s'interroger sur ce qui met, et à partir de quand, en danger la sécurité, la santé, la moralité ou l'éducation d'un enfant... La définition est floue – nous devrions préférer ici le terme de « subjective » – afin justement de permettre à quiconque d'informer les autorités judiciaires (le parquet) ou administratives (le conseil général) lorsqu'il a un doute raisonnable et réfléchi, étayé par des faits, qu'un enfant, et plus généralement une personne vulnérable, est en danger.

Il existe plusieurs définitions de l'enfant en danger. Selon la Convention internationale des droits de l'Enfant, la maltraitance est constituée par « toutes formes de violences, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié » (art. 19 CIDE). La précision apportée par ce texte est d'importance : un enfant en danger est en danger chez lui. Seuls ses parents, ses représentants légaux ou la personne à qui il est confié peuvent le mettre en danger, et c'est logique : si mon enfant subit de la violence à l'école, s'il est agressé sexuellement, il m'appartient en tant que parent de le protéger, de porter plainte contre celui qui lui a fait du mal. La Commission Jacques Barrot qui, en décembre 1988, a participé à l'élaboration de la loi 89-487 du 10 juillet 1989 *relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance*, a défini les enfants maltraités comme « les enfants victimes, de la part de leurs parents ou d'adultes en ayant la garde, soit de brutalités volontaires, soit d'une absence intentionnelle de soins entraînant des lésions physiques ou troubles de l'état général ». Elle y a également inclus « les enfants victimes de comportements plus difficiles à mettre en évidence, car ne

laissant pas de trace physique : brutalités mieux contrôlées, comportements sadiques, manifestations de rejet, de mépris, d'abandon affectif, exigences éducatives disproportionnées, dont le retentissement sur le développement psychoaffectif de l'enfant peut être aussi grave que celui des sévices corporels ». L'observatoire décentralisé de l'action sociale (ODAS) distingue, depuis 1993, à des fins essentiellement statistiques, les enfants en risque des enfants maltraités : les enfants en danger comprennent l'ensemble des enfants en risque et des enfants maltraités. Cette pourtant fort intelligente et très pratique distinction (les enfants en risque doivent être signalés à l'autorité administrative, les enfants maltraités à l'autorité judiciaire), n'a pas été reprise par la loi 2007-293 du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance*, qui, en pratiquant l'angélisme et en ne tenant pas compte des réalités, a considérablement complexifié le dispositif en allongeant les procédures. Pour l'ODAS, un enfant maltraité est « un enfant victime de violences physiques, de violences psychologiques, d'abus sexuels, de négligences lourdes ayant des conséquences graves sur son développement physique et psychologique ». Un enfant en risque est « un enfant qui connaît des conditions d'existence qui risquent de mettre en danger sa santé, sa sécurité, sa moralité, son éducation, ou son entretien, sans pour autant être maltraité ».

1. PETIT HISTORIQUE DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE

Il est possible de faire remonter les débuts de la protection de l'enfance, en France, au Moyen Âge (même si le Code civil de 1804 est très discret sur la question), nous allons néanmoins nous arrêter à la fin du XIX^e siècle, lorsque le dispositif actuel commence à voir le jour.

La loi du 24 juillet 1889 *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés* crée la déchéance de la puissance paternelle, qui peut frapper *les père et mère et ascendants* (art. 1) : le tribunal peut décider que, *dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le Code civil*, si cela ne semble possible (art. 9). Il est également prévu que, *si la mère est prédécédée, si elle a été déclarée déchue ou si l'exercice de la puissance paternelle ne lui est pas attribué, le tribunal décide la tutelle sera constituée dans les termes du droit commun* (art 10). Elle prévoit aussi

de *déléguer à l'Assistance publique les droits de puissance paternelle abandonnés par les parents et de remettre l'exercice de ces droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant* [...] *lorsque des administrations d'assistance publique, des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, des particuliers jouissant de leurs droits civils ont accepté la charge de mineurs de seize ans que des pères, mères ou des tuteurs autorisés par le conseil de famille leur ont confiés* (art. 17).

La loi du 19 avril 1898 *sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants*, promulguée par Félix Faure, président de la République, a été impulsée par René Bérenger, un des inventeurs de la notion d'enfant victime, député puis sénateur. Il est, en 1875, avec Théophile Roussel, à l'origine de l'idée que « c'est parmi les enfants victimes que l'on retrouve les enfants coupables, c'est en intervenant auprès des enfants victimes que l'on prévient la délinquance juvénile ». C'est Théophile Roussel, député puis sénateur lui aussi, qui a fait voter, le 19 mai 1874, la loi *sur le travail des enfants et filles mineures dans l'industrie*, et qui a déposé, en 1881, la loi *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, finalement adoptée en juillet 1889. La loi du 19 avril 1898 prévoit un emprisonnement d'un à trois ans et *une amende de seize à mille francs* pour quiconque aura volontairement fait des blessures ou porté des coups à un enfant au-dessous de l'âge de 15 ans accomplis, ou qui l'aura volontairement privé d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé (ancien art. 312 CP). Elle crée le délaissement d'enfant : *ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaisser, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes, à raison de leur état physique ou mental, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de un an à trois ans et à une amende de seize à mille francs* (ancien art. 349 CP). Elle prévoit que seront punis ceux *qui auront livré, soit gratuitement, soit à prix d'argent*, leur enfant *à des acrobates, saltimbanques, charlatans, montreurs d'animaux ou directeurs de cirques* (art. 1er de la loi du 7 décembre 1874). Elle crée pour le juge d'instruction le droit de placer provisoirement l'enfant, de le confier *à un parent, à une personne ou à une institution charitable qu'il désignera ou enfin à l'assistance publique*.

La création de l'aide sociale à l'enfance (ASE)

Le décret-loi du 30 octobre 1935 *relatif à la protection de l'enfance* organise la protection des jeunes vagabonds, et évoque la disparition de la correction paternelle, qui sera réorganisée le 1er septembre 1945 (ancien art. 375 à 382 CC). Le même jour – c'est une anecdote – paraît le décret-loi – ancêtre de l'Ordonnance née avec la Ve République – qui crée les chèques tels que nous les connaissons aujourd'hui. Le décret-loi *relatif à la protection de l'enfance* envisage, sans qu'une faute ou une infraction n'ait été commise, le placement des mineurs *qui n'ont ni travail, ni domicile, ou qui tirent leurs ressources de la débauche ou des métiers prohibés*. Le décret du 30 octobre 1935 *portant modification l'article 2 de la loi du 24 juillet 1889* ajoute audit article que, à l'égard des enfants dont *la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises ou insuffisamment sauvegardées par le fait des père et mère*, des mesures de surveillance et d'assistance éducative devront être prises.

L'ordonnance du 23 décembre 1958 modifie les articles 375 et suivants du Code civil. Elle définit les conditions de la protection judiciaire des mineurs.

La loi 86-17 du 6 janvier 1986 *adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé* décentralise l'aide sociale et la confie aux conseils généraux. Elle crée l'aide sociale à l'enfance (ASE) qui assume désormais la mission de protection de l'enfance jadis dévolue à la DDASS (plus aucun enfant n'a été « confié à la DDASS » depuis le 6 janvier 1986).

Le service de l'aide sociale à l'enfance est placé sous l'autorité du président du conseil général (art. L. 221-2 CASF). Il est chargé des missions suivantes (art. L. 221-1 CASF) :

- apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique aux mineurs, à leur famille ou à tout détenteur de l'autorité parentale, confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité de ces mineurs ou de compromettre gravement leur éducation ou leur développement physique, affectif, intellectuel et social ;
- apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique aux mineurs émancipés et majeurs de moins de vingt et un ans confrontés

à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre ;

- organiser, dans les lieux où se manifestent des risques d'inadaptation sociale, des actions collectives visant à prévenir la marginalisation et à faciliter l'insertion ou la promotion sociale des jeunes et des familles [...] ;
- mener en urgence des actions de protection en faveur des mineurs mentionnés au premier alinéa du présent article ;
- pourvoir à l'ensemble des besoins des mineurs confiés au service et veiller à leur orientation, en collaboration avec leur famille ou leur représentant légal ;
- mener des actions de prévention des situations de danger à l'égard des mineurs et, sans préjudice des compétences de l'autorité judiciaire, organiser le recueil et la transmission des informations préoccupantes relatives aux mineurs dont la santé, la sécurité, la moralité sont en danger ou risquent de l'être ou dont l'éducation ou le développement sont compromis ou risquent de l'être, et participer à leur protection ;
- veiller à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant avec d'autres personnes que ses parents soient maintenus, voire développés, dans son intérêt supérieur.

Le service de l'ASE peut faire appel à des organismes publics ou privés habilités ou à des personnes physiques pour l'aider à accomplir ses missions, *sans préjudice de ses responsabilités vis-à-vis des enfants qui lui sont confiés* (idem). Il contrôle les personnes physiques ou morales à qui il a confié des mineurs, *en vue de s'assurer des conditions matérielles et morales de leur placement* (idem).

La loi 89-487 du 10 juillet 1989 *relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance* organise la mission de protection de l'enfance des conseils généraux. Elle crée le SNATEM (le service national d'accueil téléphonique pour l'enfance maltraitée qui gère le numéro vert 119) et *assure son financement par la participation financière de chaque département [...] fixée par voie réglementaire en fonction de l'importance de la population* (art. L. 226-10 CASF). Il s'agit là, pour le département, de dépenses obligatoires (art. L. 226-10 CASF). Elle augmente le délai de prescription, à compter de leur majorité, de certaines infractions subies par les mineurs (ils

seront encore augmentés par la loi 95-116 du 4 février 1995, et par la loi 98-468 du 17 juin 1998 *relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs* qui prévoit aussi l'enregistrement vidéo du témoignage de l'enfant victime). Elle crée l'administrateur *ad hoc*.

La protection maternelle et infantile (PMI), créée en France par ordonnance le 2 novembre 1945, est confiée aux conseils généraux par la loi 89-899 du 18 décembre 1989 *relative à la protection et à la promotion de la santé de la famille et de l'enfance et adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé*. La PMI et l'ASE doivent travailler en étroite collaboration : dans certains départements, les deux services ne font qu'un. Les missions de la PMI sont détaillées dans le Code de la santé publique (art. L. 2112-1 à L. 2112-10 CSP). Les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal relatifs au secret professionnel sont applicables à *toute personne appelée à collaborer au service départemental de protection maternelle et infantile* (art. L. 2112-9 CSP) : on peut comprendre de cet article que ne sont pas astreints au secret professionnel que les salariés de la PMI, mais bien « toute personne collaborant » à ses missions, ce qui est pour le moins vague (il est depuis le début des années 2000 tendance d'entretenir le flou sur cette notion jadis assez précise de « secret professionnel » auquel bientôt la moitié de la population du pays sera astreinte, rendant difficile la protection d'une information confidentielle).

2. LA RÉFORME DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE

La loi 2007-293 du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance* vient considérablement complexifier le dispositif de protection de l'enfance et entraver les procédures de signalement, en faisant du conseil général le destinataire privilégié des signalements d'informations préoccupantes, qu'il lui appartient d'évaluer (art. L. 226-3 CASF) et d'éventuellement transmettre au parquet. Le parquet, qui ne peut plus être saisi directement que de manière exceptionnelle, se décharge bien volontiers des signalements qu'il reçoit et qu'il ne sait souvent pas comment traiter, au profit des conseils généraux, dont il attend une évaluation. L'angélisme qui conditionne cette réforme est problématique : elle crée un amalgame entre enfants en risque et enfants maltraités,

laissant aux travailleurs sociaux, qui ne sont pas formés pour cela, le soin d'évaluer et de traiter des situations délictuelles ou criminelles normalement de la compétence de la police.

La loi du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance* se construit officiellement autour de trois points principaux :

- elle renforce la prévention pour détecter le plus tôt possible, par des bilans réguliers *aux moments essentiels de développement de l'enfant*, les situations à risque : entretiens systématisés au quatrième mois de grossesse, visite à domicile dans les premiers jours suivant la sortie de maternité, bilans systématiques à l'école maternelle et primaire (art. L. 2112-2 CSP) ;
- elle réorganise les procédures de signalement en exigeant la création, dans chaque département, d'une cellule de recueil de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes (CRIPS) ;
- elle diversifie les modes de prise en charge des enfants.

Elle redéfinit les missions de la protection de l'enfance (art. L. 112-3 CASF) :

- prévenir les difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives ;
- accompagner les familles et d'assurer, le cas échéant, selon des modalités adaptées à leurs besoins, une prise en charge partielle ou totale des mineurs ;
- prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge.

La protection de l'enfance comporte un ensemble d'interventions en faveur des enfants et de leurs parents, qui peuvent également être destinées à des majeurs de moins de vingt-et-un ans connaissant des difficultés susceptibles de compromettre gravement leur équilibre : c'est le contrat jeune majeur (art. L. 222-5 CASF).

La loi du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance* précise (2002-2 est passée par là et a laissé des traces) que *l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant* (art. L. 112-4 CASF), ce qui ne peut pas faire de mal et ne change absolument rien sur le terrain (à moins de

reconnaître que, jusqu'à la fin du mois de janvier 2002, l'intérêt de l'enfant, ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs n'étaient pas pris en compte, que ses droits fondamentaux étaient bafoués – ce qui est toujours le cas –, et que tout a changé depuis).

Le ministère de la santé et des solidarités a édité cinq guides pratiques pour porter à tous la bonne parole : destinés surtout aux professionnels du secteur social, médicosocial, éducatif, etc., ils se téléchargent gratuitement en ligne (sur www.reforme-enfance.fr/guides.html).

La loi du 5 mars 2007 crée le secret partagé (art. L. 226-2-2 CASF) *entre personnes soumises au secret professionnel*. Elle remplace le SNATEM par le SNATED (service national d'accueil téléphonique pour l'enfance en danger) et l'observatoire décentralisé de l'action sociale (ODAS) est privé de la mission d'observer la protection de l'enfance, qui est confiée à l'ONED, observatoire national de l'enfance en danger (www.oned.fr) : le SNATED et l'ONED sont gérés par le GIP (groupement d'intérêt public) Enfance en danger.

L'application de la loi du 5 mars 2007

La loi du 5 mars 2007 a été accompagnée de la parution d'un certain nombre de décrets d'application :

- Décret 2008-774 du 30 juillet 2008 relatif aux conditions de la formation des cadres territoriaux prenant des décisions relatives à la protection de l'enfance (art. L. 226-12-1 CASF)
- Arrêté du 25 septembre 2008 relatif au contenu de ladite formation
- Décret 2008-1422 du 19 décembre 2008 *organisant la transmission d'informations sous forme anonyme aux observatoires départementaux de la protection de l'enfance et à l'Observatoire national de l'enfance en danger*
- Décret 2008-1486 du 30 décembre 2008 *relatif au placement des mineurs et à la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial* (comportant la liste des personnes habilitées à saisir le juge aux fins d'ordonner le versement des prestations familiales à un délégué aux prestations familiales)

- Décret 2009-572 du 20 mai 2009 *relatif à l'audition de l'enfant en justice*
- Arrêté du 20 mai 2009 *pris en application de l'article 3 du décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice* (rémunération forfaitaire allouée à la personne désignée par le juge pour entendre le mineur, en application de l'article 388-1 du code civil)
- Décret 2009-765 du 23 juin 2009 *relatif à la formation dans le domaine de la protection de l'enfance en danger modifiant l'article D542-1 du code de l'éducation* (pris en application de l'article L. 542-1 du même Code)
- Décret 2010-497 du 17 mai 2010 *relatif au fonds national de financement de la protection de l'enfance*

3. LE SIGNALEMENT DE L'ENFANT EN DANGER OU EN RISQUE DE L'ÊTRE

Avant la réforme, les choses étaient simples, même si beaucoup de travailleurs sociaux refusaient de le reconnaître : il est plus facile quand on ne comprend pas quelque chose – surtout si c'est du droit et que l'on travaille dans le secteur social – de dire que c'est compliqué, plutôt que de se plonger dans des livres réputés incompréhensibles pour tenter de comprendre. Un enfant considéré en danger devait être signalé, par quiconque en ayant connaissance, aux services de l'aide sociale à l'enfance (ASE) ou, par courrier, au procureur de la République, si le danger était constitué de maltraitances : ne pas le faire constituait – et constitue toujours – un délit (art. 434-1 et 434-3 CP). L'ODAS avait, dans ce but, défini l'enfant en risque de danger et l'enfant maltraité. Il n'était demandé aucune preuve à celui qui signalait (en droit, on dénonce un coupable – cela peut être, à tort ou à raison, vécu comme de la délation –, on signale une victime, ce qui n'a rien à voir avec la délation). Il lui était juste demandé d'avoir un doute raisonnable et réfléchi basé sur des faits : on ne peut pas « sentir » qu'un enfant est victime d'abus sexuels, ou alors, on « le sent » parce que tel jour, à telle heure, dans tel cadre, il a dit ou fait quelque chose, on a vu ou entendu quelque chose. Dans le doute (entre maltraitance ou risque de

danger), ou en l'absence de faits pouvant étayer une impression, les services de l'ASE étaient compétents : depuis la réforme du 5 mars 2007, ils le sont systématiquement. Ils doivent évaluer la situation avant d'éventuellement transmettre les « informations préoccupantes » au procureur de la République qui saisira, ou non, le juge des mineurs, et engagera ou non des poursuites. L'évaluation a désormais pris le pas sur l'action.

Les signalements faits par l'intermédiaire du 119 sont *a priori* transmis aux services de l'ASE pour évaluation : *le service d'accueil téléphonique répond, à tout moment, aux demandes d'information ou de conseil concernant les situations de mineurs en danger ou présumés l'être* (art. L. 226-6 CASF). Il transmet immédiatement au président du conseil général [...] *les informations qu'il recueille et les appréciations qu'il formule à propos de ces mineurs* (idem).

L'affichage des coordonnées du service d'accueil téléphonique est obligatoire dans tous les établissements et services recevant de façon habituelle des mineurs (art. L. 226-8 CASF). Les affiches se demandent au secrétariat du SNATED (www.allo119.gouv.fr). Il peut être utile d'afficher à côté les coordonnées des permanences d'avocats d'enfants (elles se demandent au Barreau dont dépend la structure, toutes les coordonnées sur www.cnb.avocat.fr). Les écoutants du 119 sont astreints au secret professionnel (art. L. 226-9 CASF), ainsi que les agents de l'Observatoire de l'enfance en danger.

Des informations préoccupantes

La loi du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance* précise que *le président du conseil général est chargé du recueil, du traitement et de l'évaluation, à tout moment et quelle qu'en soit l'origine, des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être* (art. L. 226-3 CASF), et que le représentant de l'État (le préfet) et l'autorité judiciaire (le procureur de la République) lui apportent leur concours (idem). Pour ce faire, des protocoles *sont établis entre le président du conseil général, le représentant de l'État dans le département, les partenaires institutionnels concernés et l'autorité judiciaire en vue de centraliser le recueil des informations préoccupantes au sein d'une cellule de recueil, de traitement et d'évaluation de ces informations* (idem). La cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation de ces

informations centralise le recueil des informations préoccupantes qui, après évaluation, font si nécessaire l'objet d'un signalement à l'autorité judiciaire (idem). Les informations collectées sont également transmises sous forme anonyme à l'observatoire départemental de la protection de l'enfance (art. L. 226-3-1 CASF) et à l'observatoire national de l'enfance en danger (art. L. 226-6 CASF).

L'obligation n'est pas seulement faite *au président du conseil général ou au responsable désigné par lui* (art. L. 226-2-1 CASF) de recueillir *toute information préoccupante sur un mineur en danger ou risquant de l'être, au sens de l'article 375 du Code civil* (idem), mais aussi aux *personnes qui mettent en œuvre la politique de protection de l'enfance* [...] ainsi que *celles qui lui apportent leur concours* de les lui transmettre *sans délai* (idem). Cette transmission a pour but de permettre d'évaluer la situation du mineur et de déterminer les actions de protection et d'aide dont ce mineur et sa famille peuvent bénéficier (idem). Sauf intérêt contraire de l'enfant, le père, la mère, toute autre personne exerçant l'autorité parentale ou le tuteur, sont préalablement informés de cette transmission, selon des modalités adaptées (idem) : le souci est qu'avant d'évaluer la situation, il est difficile d'évaluer l'intérêt de l'enfant, puisqu'on ignore ce qu'il subit (ni même s'il subit quelque chose). Il peut apparaître normal, et même utile, de prévenir de la transmission les familles d'un enfant en risque, qui va probablement bénéficier d'une protection administrative, mise en place par le conseil général avec l'accord des parents : il sera plus difficile d'obtenir leur accord s'ils vivent la transmission comme une trahison, et non comme la possibilité d'être aidé (il n'est pas forcément nécessaire de les stigmatiser : ils vivent parfois, eux aussi, comme leur enfant, une situation difficile). Il peut par contre sembler plus étonnant d'informer de la transmission des violeurs, des agresseurs, des parents maltraitants, qui seront probablement poursuivis par la justice si l'évaluation aboutit : les informer va peut-être les contraindre à déménager, ou à faire peser, pour qu'il ne parle pas une pression insupportable sur les épaules de l'enfant ?

Afin de pouvoir évaluer une situation individuelle, déterminer et mettre en œuvre les actions de protection et d'aide dont les mineurs et leur famille peuvent bénéficier, *les personnes soumises au secret professionnel qui mettent en œuvre la politique de protection de l'enfance* [...] *ou qui lui apportent leur concours sont autorisées à partager entre elles des informations à caractère secret* (art. L. 226-2-2 CASF). C'est le fameux secret partagé, instauré le 5 mars 2007, qui fonctionne aussi

pour la transmission des informations préoccupantes (art. L. 226-2-1 CASF) : le secret ne peut se partager qu'entre personnes astreintes au secret professionnel (certaines structures ont compris le secret partagé comme la possibilité de partager sans entraves ni réserves – ni respect de l'intimité de la confidentialité et de la vie privée prévu par la si peu respectée loi 2002-2 – toutes les informations, même médicales). Néanmoins, *le partage des informations relatives à une situation individuelle est strictement limité à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission de protection de l'enfance* (art. L. 226-2-2 CASF). Ici aussi, *le père, la mère, toute autre personne exerçant l'autorité parentale, le tuteur, l'enfant en fonction de son âge et de sa maturité sont préalablement informés, selon des modalités adaptées, sauf si cette information est contraire à l'intérêt de l'enfant* (idem).

Il peut être utile de rappeler que le secret professionnel n'est pas applicable, depuis le 1er mars 1994, *à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique* (art. 226-14 CP) : être astreint au secret professionnel n'a donc jamais interdit à quiconque de signaler, et n'a jamais empêché les professionnels d'échanger des informations avec leurs professionnels.

Toute personne participant aux missions du service de l'aide sociale à l'enfance est, par profession, tenue au secret professionnel (art. L. 221-6 CASF) : rappelons que les assistants de service social (art. L. 411-3 CASF) et les infirmiers et infirmières (art. L. 4314-3 CSP) le sont par état quand les personnes entendues par le conseil de famille des pupilles de l'État (art. R. 224-9 CASF) et les membres de la commission de surendettement des particuliers (art. L. 331-11 Code de la consommation) le sont par mission ou fonction. Les agents qui participent aux missions du service de l'aide sociale à l'enfance sont tenus de *transmettre sans délai au président du conseil général ou au responsable désigné par lui toute information nécessaire pour déterminer les mesures dont les mineurs et leur famille peuvent bénéficier* (art. L. 221-6 CASF) : le secret professionnel n'est pas applicable aux personnes qui transmettent des informations dans les conditions ainsi prévues.

Le président et le procureur

La loi du 5 mars 2007 organise la collaboration entre conseil général et parquet. Le président du conseil général avise sans délai le procureur de la République (art. L. 226-4 CASF) lorsqu'un mineur est en danger au sens de l'article 375 du Code civil et :

- qu'il a déjà fait l'objet d'une ou plusieurs actions [...] qui n'ont pas permis de remédier à la situation ;
- que la famille refuse l'intervention du service de l'aide sociale à l'enfance ou de l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de collaborer avec ce service (la non-collaboration de la famille n'était auparavant pas un motif légal de judiciarisation de la mesure) ;
- qu'il est impossible d'évaluer la situation d'un mineur présumé être en situation de danger.

Le président du conseil général informe le cas échéant le procureur de la République des actions déjà menées, et le procureur de la République informe dans les meilleurs délais le président du conseil général des suites qu'il réserve à sa saisine.

La transmission des informations préoccupantes est la règle, la saisine directe du procureur de la République l'exception, mais elle reste possible : tout professionnel qui avise directement, du fait de la gravité de la situation, le procureur de la République de la situation d'un mineur en danger adresse une copie de cette transmission au président du conseil général (idem). Lorsque le procureur a été avisé par une autre personne, il transmet au président du conseil général les informations qui sont nécessaires à l'accomplissement de la mission de protection de l'enfance confiée à ce dernier et il informe cette personne des suites réservées à son signalement (idem).

Les fonctionnaires de trois fonctions publiques (d'État, territoriale et hospitalière) ont toujours le devoir, lorsque, dans l'exercice de leurs fonctions, ils acquièrent la connaissance d'un crime ou d'un délit, *d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* (art. 40 CPP). Un assistant de service social du conseil général peut donc en toute légalité ne pas respecter les procédures de signalement imposées par sa hiérarchie pour s'adresser directement en

tant que fonctionnaire au procureur de la République. Il lui est toutefois conseillé d'avoir pour la suite de sa carrière envisagé un plan B.

Le président du conseil général informe les personnes qui lui ont communiqué des informations dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur activité professionnelle ou d'un mandat électif des suites qui ont été données à leur signalement (art. L. 226-5 CASF). Il fait sur leur demande savoir aux autres personnes qui l'ont informé (des particuliers, voisins, amis), si une suite a été donnée (idem). En cas de saisine de l'autorité judiciaire, il en informe par écrit les parents de l'enfant ou son représentant légal (idem) : on peut encore ici s'étonner de l'obligation de prévenir celui qui risque d'être poursuivi par la justice avant même que des poursuites soient engagées (il me semble avoir tout à l'heure parlé d'angélisme : le violeur en se repentant va sagement attendre l'arrivée de la police pour s'excuser d'avoir agressé son fils...).

Signaler est une obligation

La loi du 5 mars 2007 instaure *une formation initiale et continue, en partie commune aux différentes professions et institutions, dans le domaine de la protection de l'enfance en danger* pour les *médecins, l'ensemble des personnels médicaux et paramédicaux, les travailleurs sociaux, les magistrats, les personnels enseignants, les personnels d'animation sportive, culturelle et de loisirs et les personnels de la police nationale, des polices municipales et de la gendarmerie nationale* (art. L. 542-1 CE, art. L. 226-12 CASF). Elle impose que soient enfin formés *les cadres territoriaux qui, par délégation du président du conseil général, prennent des décisions relatives à la protection de l'enfance et fixent les modalités de leur mise en œuvre doivent avoir suivi une formation adaptée à l'exercice de ces missions* (art. L. 226-12-1 CASF).

Signaler une personne vulnérable en danger est une obligation légale : *le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* (art. 434-3 CP). Signaler une personne vulnérable en danger est une obligation légale dont les professionnels

astreints au secret peuvent s'affranchir : *sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13* (du Code pénal). Un professionnel astreint au secret par état, par profession, par mission ou fonction temporaire (art. 226-13 CP) peut donc, en toute légalité, pour préserver la confidentialité des informations qui lui sont confiées, ne pas signaler une personne vulnérable en danger. Le secret professionnel, qui n'est jamais une interdiction de parler, offre toujours une possibilité risquée de se taire.

Signaler *un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés* est aussi une obligation légale pour *quiconque* en ayant connaissance (art. 434-1 CP) : *ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* (idem). Signaler un crime est une obligation légale dont les proches de l'auteur ou de son complice peuvent s'affranchir, *sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans*, c'est-à-dire :

- les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ;
- le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.

Signaler un crime est une obligation légale dont les professionnels astreints au secret peuvent s'affranchir, même si la victime a moins de quinze ans : sont également exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 (idem).

Il ne faut pas confondre l'absence de signalement (qui s'inscrit dans « des entraves à la saisine de la justice ») et la non-assistance à personne en péril (la non-assistance à personne en danger n'existe pas : en droit le péril est ponctuel ou imminent quand le danger est continu). Le délit de non-assistance à personne en péril (art. 223-6 CP) permet de punir *de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* [...], *quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours* (idem). L'obligation de prêter assistance à une personne en péril cesse

lorsqu'elle fait courir un risque à celui qui prête assistance ou aux tiers (je mets en péril celui à qui j'administre un médicament si je ne suis pas formé pour le faire, je me mets en péril si j'attaque seul les cinq voyous qui agressent une vieille dame, mais rien ne m'empêche de provoquer les secours). La jurisprudence a ajouté « appropriés » à secours : téléphoner aux pompiers n'est pas « provoquer les secours appropriés », si une intervention médicale urgente est nécessaire, il faut toujours appeler le SAMU.

4. LES MESURES DE PROTECTION DE L'ENFANT EN DANGER OU EN RISQUE DE L'ÊTRE

La protection judiciaire appelée assistance éducative par le Code civil, est de la compétence du juge des enfants : elle s'impose aux parents.

La protection administrative consiste en un ensemble de prestations d'aide sociale à l'enfance accordées, *sans préjudice des pouvoirs reconnus à l'autorité judiciaire*, par décision du président du conseil général du département où la demande est présentée (art. L. 222-1 CASF). Les prestations peuvent prendre la forme d'une aide à domicile, d'un placement ou d'un accueil de jour (art. L. 222-4-2 CASF).

La protection administrative

La protection administrative permet que soient pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance (art. L. 222-5 CASF) :

- les mineurs qui ne peuvent demeurer provisoirement dans leur milieu de vie habituel et dont la situation requiert un accueil à temps complet ou partiel, modulable selon leurs besoins, en particulier de stabilité affective, ainsi que les mineurs rencontrant des difficultés particulières nécessitant un accueil spécialisé, familial ou dans un établissement ou dans un service « à caractère expérimental » (art. L. 312-1 CASF) ;
- les pupilles de l'État (cf. art. L. 224-4 et suivants CASF) ;
- les mineurs confiés au service par le juge des enfants (art. 375-3 CC), par le procureur de la République (art. 375-5 CC), par le tribunal de

grande instance (art. 380 CC) ou par le juge des tutelles de mineurs (art. 411 CC) ;

- les femmes enceintes et les mères isolées avec leurs enfants de moins de trois ans qui ont besoin d'un soutien matériel et psychologique, notamment parce qu'elles sont sans domicile ;
- les mineurs émancipés et les majeurs âgés de moins de vingt et un ans qui éprouvent des difficultés d'insertion sociale faute de ressources ou d'un soutien familial suffisants (c'est le contrat jeunes majeurs).

L'aide à domicile peut être attribuée, sur sa demande ou avec son accord, à la mère, au père ou, à défaut, à la personne qui assume la charge effective de l'enfant, lorsque la santé de celui-ci, sa sécurité, son entretien ou son éducation l'exigent et, pour les prestations financières, lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes (art. L. 222-2 CASF). Elle est accordée aux femmes enceintes confrontées à des difficultés médicales ou sociales et financières, lorsque leur santé ou celle de l'enfant l'exige, et elle peut concourir à prévenir une interruption volontaire de grossesse (idem). Elle peut être accordée aux mineurs émancipés et aux majeurs âgés de moins de vingt-et-un ans, confrontés à des difficultés sociales (idem).

Si l'enfant n'a pas été confié au service par décision judiciaire, ou s'il s'agit de prestations en espèces, *aucune décision sur le principe ou les modalités de l'admission dans le service de l'aide sociale à l'enfance ne peut être prise sans l'accord écrit des représentants légaux ou du représentant légal du mineur ou du bénéficiaire lui-même s'il est mineur émancipé* (art. L. 223-2 CASF). En cas d'urgence et lorsque le représentant légal du mineur est dans l'impossibilité de donner son accord, l'enfant est recueilli provisoirement par le service qui en avise immédiatement le procureur de la République (idem) : *si l'enfant n'a pas pu être remis à sa famille ou le représentant légal n'a pas pu ou a refusé de donner son accord dans un délai de cinq jours, le service saisit également l'autorité judiciaire*, c'est-à-dire le juge des enfants (les décisions de placement du procureur de la République ne peuvent être que provisoires et de courte durée). Si le représentant légal est en mesure de donner son accord mais le refuse, le service saisit l'autorité judiciaire (idem). En cas de danger immédiat ou de suspicion de danger immédiat concernant un mineur ayant abandonné le domicile familial, le service peut, dans le cadre des actions de prévention, pendant une durée maximale de soixante-douze heures, accueillir le mineur, sous

réserve d'en informer sans délai les parents, toute autre personne exerçant l'autorité parentale ou le tuteur, ainsi que le procureur de la République (idem) : si, au terme de ce délai, le retour de l'enfant dans sa famille n'a pas pu être organisé, une procédure d'admission à l'aide sociale à l'enfance ou, à défaut d'accord des parents ou du représentant légal, une saisine de l'autorité judiciaire est engagée. L'accord des représentants légaux ou du représentant légal est réputé acquis pour toutes les décisions relatives au lieu et au mode de placement des enfants déjà admis dans le service, si celui-ci n'a pas fait connaître son opposition dans un délai de quatre semaines à compter du jour où il a reçu la notification de la demande du service, ou de six semaines à compter de la date d'envoi s'il n'a pas accusé réception de la notification (idem). Bien évidemment, les mesures prises dans le cadre du présent chapitre ne peuvent en aucun cas porter atteinte à l'autorité parentale que détiennent le ou les représentants légaux de l'enfant, et notamment au droit de visite et au droit d'hébergement (idem).

L'aide à domicile comporte, ensemble ou séparément (art. L. 222-3 CASF) :

- l'action d'un technicien ou d'une technicienne de l'intervention sociale et familiale ou d'une aide ménagère ;
- un accompagnement en économie sociale et familiale ;
- l'intervention d'un service d'action éducative ;
- le versement d'aides financières, effectué sous forme soit de secours exceptionnels, soit d'allocations mensuelles, à titre définitif ou sous condition de remboursement, éventuellement délivrés en espèces : incessibles et insaisissables, ils peuvent être versés à la demande du bénéficiaire à toute personne temporairement chargée de l'enfant (art. L. 222-4 CASF), au délégué aux prestations familiales s'il a été nommé (idem).

Les familles ont des droits, objectifs et opposables, dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance : ils leur ont été attribués, bien avant la loi 2002-2, par la loi n° 84-422 du 6 juin 1984 relative aux droits des familles dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance (décret 85-936 du 23 août 1985 relatif aux droits des familles dans

leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance, abrogé par le décret 2004-1136 du 21 octobre 2004 relatif au Code de l'action sociale et des familles et remplacé par les articles L. 223-1 à L. 223-7 CASF précisés par les articles R. 223-1 à R. 223-11 CASF).

Toute personne qui demande une prestation ou qui en bénéficie est informée par les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance des conditions d'attribution et des conséquences de cette prestation sur les droits et obligations de l'enfant et de son représentant légal (art. L. 223-1 CASF). Cette information doit porter sur (art. R. 223-1 CASF) :

- les aides de toute nature prévues pour assurer la protection de la famille et de l'enfance avec l'indication des organismes qui les dispensent, ainsi que les conséquences, au regard des règles d'octroi de ces aides, de l'attribution des prestations du service de l'aide sociale à l'enfance ;
- les droits et devoirs afférents à l'autorité parentale, ainsi que les conséquences, au regard des modalités d'exercice de cette autorité, de l'attribution des prestations du service de l'aide sociale à l'enfance ;
- le droit d'accès aux dossiers et documents administratifs ;
- le droit d'être accompagné de la personne de son choix (paragraphe suivant) ;
- le fait que le service examine avec le mineur toute décision le concernant et recueille son avis (art. 223-4 CASF) ;
- les nom et qualité de la personne habilitée à prendre les décisions.

La personne qui demande une prestation ou qui en bénéficie peut être accompagnée de la personne de son choix, représentant ou non une association, dans ses démarches auprès du service : celui-ci a toutefois la possibilité de proposer un entretien individuel dans l'intérêt du demandeur, que la personne en question n'est pas obligée d'accepter (cela s'applique aussi aux démarches du père, de la mère, de toute autre personne exerçant l'autorité parentale ou du tuteur, auprès des services et établissements accueillant les mineurs). L'attribution d'une ou plusieurs prestations prévues au présent titre est précédée d'une évaluation de la situation prenant en compte l'état du mineur, la situation de la famille et les aides auxquelles elle peut faire appel

dans son environnement (idem). Les services départementaux et les titulaires de l'autorité parentale établissent un document (sous-entendu : ils l'établissent ensemble), intitulé « projet pour l'enfant », qui précise les actions qui seront menées auprès de l'enfant, des parents et de son environnement. Il précise également le rôle des parents, les objectifs visés et les délais de leur mise en œuvre. Il mentionne l'institution et la personne chargées d'assurer la cohérence et la continuité des interventions. Ce document est cosigné par le président du conseil général et les représentants légaux du mineur ainsi que par un responsable de chacun des organismes chargés de mettre en œuvre les interventions. Il est porté à la connaissance du mineur et transmis au juge, qui, si l'enfant a été confié au service départemental de l'aide sociale à l'enfance par la justice (art. 375-3 CC), *fixe la nature et la fréquence des droits de visite et d'hébergement des parents et peut décider que leurs conditions d'exercice sont déterminées conjointement entre le service et les parents* dans le cadre de ce document (art. L. 223-3-1 CASF).

Sauf dans les cas où un enfant est confié au service par décision judiciaire, aucune mesure ne peut être prise pour une durée supérieure à un an (art. L. 223-5 CASF). Elle est renouvelable dans les mêmes conditions. La durée d'une mesure judiciaire ne peut pas excéder deux ans (art. 375 CC). Elle peut être renouvelée par décision motivée. Le service élabore au moins une fois par an un rapport, établi après une évaluation pluridisciplinaire, sur la situation de tout enfant accueilli ou faisant l'objet d'une mesure éducative (il est transmis à l'autorité judiciaire en cas de mesure judiciaire). Le contenu et les conclusions de ce rapport sont portés à la connaissance du père, de la mère, de toute autre personne exerçant l'autorité parentale, du tuteur et du mineur, en fonction de son âge et de sa maturité (idem).

La protection judiciaire

La protection judiciaire, appelée assistance éducative par le Code civil, est donc de la compétence du juge des enfants. Elle est susceptible d'appel. Elle s'impose aux parents, bien que le juge *doive toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée* (art. 375-1 CC). Il doit également se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant (idem). La mesure s'impose aux parents, mais ils *continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont*

pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants (art. 375-7 CC). Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel. Il peut aussi être saisi par les père et mère conjointement ou par l'un d'eux, par la personne ou le service à qui l'enfant a été confié, par le tuteur, par le mineur lui-même ou par le ministère public (idem) : si le ministère public a été avisé par le président du conseil général, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L. 226-4 CASF déjà cité (idem). Les décisions prises en matière d'assistance éducative peuvent être, à tout moment, *modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues soit d'office, soit à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public* (art. 375-6). Les mesures peuvent être ordonnées en même temps pour plusieurs enfants relevant de la même autorité parentale (art. 375 CC). Leur durée ne peut excéder deux ans et un rapport doit être chaque année adressé à un juge (art. 375 CC), cependant, *lorsque les parents présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale, une mesure d'accueil exercée par un service ou une institution peut être ordonnée pour une durée supérieure, afin de permettre à l'enfant de bénéficier d'une continuité relationnelle, affective et géographique dans son lieu de vie dès lors qu'il est adapté à ses besoins immédiats et à venir* (idem).

Le juge peut, pendant l'instance (pendant que se déroule la procédure), à titre provisoire mais à charge d'appel, ordonner le placement de l'enfant (art. 375-5 CC). En cas d'urgence (et en cas d'urgence seulement), le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir, *à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure* (idem). Si la situation de l'enfant le permet, le procureur de la République fixe la nature et la fréquence du droit de correspondance, de visite et d'hébergement des parents (idem). Il peut au contraire les interdire si l'intérêt de l'enfant l'exige.

Le juge, chaque fois qu'il est possible, doit maintenir le mineur dans son milieu actuel (art. 375-2 CC). Il peut désigner une personne qualifiée, un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la

famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre (idem) : cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l'enfant et d'en faire rapport au juge périodiquement (idem). Le juge peut autoriser cette personne ou ce service à lui assurer un hébergement exceptionnel ou périodique : chaque fois qu'il héberge le mineur en vertu de cette autorisation, le service en informe sans délai ses parents ou ses représentants légaux ainsi que le juge des enfants et le président du conseil général (idem). Le juge est saisi de tout désaccord concernant cet hébergement. Le juge peut aussi conditionner le maintien de l'enfant dans son milieu à des obligations particulières : fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, le cas échéant sous régime de l'internat, ou exercer une activité professionnelle.

Si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier (art. 375-3 CC) :

- à l'autre parent ;
- à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ;
- à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ;
- à un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ;
- à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé.

Sauf si l'enfant est confié à l'ASE, le juge peut charger une personne qualifiée ou un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert d'apporter aide et conseil à la personne ou au service à qui l'enfant a été confié ainsi qu'à la famille et de suivre le développement de l'enfant (art. 375-4 CC).

Lorsqu'une requête en divorce ou en séparation de corps a été présentée, lorsqu'un jugement de divorce a été rendu, lorsqu'une requête en vue de statuer sur la résidence et les droits de visite a été présentée au JAF, ou qu'une décision a été rendue, le juge des enfants ne peut intervenir que *si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers* (idem). La décision du juge des enfants ne peut faire obstacle à la faculté du JAF de décider, à qui l'enfant doit être confié (art. 375-3 CC).

Les parents conservent l'exercice de leur autorité parentale (seul le juge aux affaires familiales pourrait le leur suspendre), mais *le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure* (art. 375-7 CC). Le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché dans l'intérêt de l'enfant, il doit faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le ou les parents et le maintien des liens de l'enfant avec ses frères et sœurs (idem). S'il a été nécessaire de confier l'enfant à une personne ou un établissement, ses parents conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement, dont le juge fixe les modalités (idem). Il peut, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un d'eux, sera provisoirement suspendu, ou que le droit de visite du ou des parents ne peut être exercé qu'en présence d'un tiers désigné par l'établissement ou le service à qui l'enfant est confié (idem). Si la situation de l'enfant le permet, le juge fixe la nature et la fréquence des droits de visite et d'hébergement et peut décider que leurs conditions d'exercice sont déterminées conjointement entre les titulaires de l'autorité parentale et la personne, le service ou l'établissement à qui l'enfant est confié, dans un document qui lui est alors transmis (idem). Le juge peut décider des modalités de l'accueil de l'enfant en considération de l'intérêt de celui-ci. Si l'intérêt de l'enfant le nécessite ou en cas de danger, le juge décide de l'anonymat du lieu d'accueil. Il peut également ordonner l'interdiction de sortie du territoire de l'enfant : la décision fixe la durée de cette interdiction qui ne saurait excéder deux ans. Cette interdiction de sortie du territoire est inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République (idem).

Les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour le juge de les en décharger en tout ou en partie (art. 375-8 CC).

La décision confiant le mineur à un établissement recevant des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux, est ordonnée après avis médical circonstancié d'un médecin extérieur à l'établissement, pour une durée ne pouvant excéder quinze jours (art. 375-9 CC).

La mesure peut être renouvelée, après avis médical conforme d'un psychiatre de l'établissement d'accueil, pour une durée d'un mois renouvelable (idem).

Annexes

Abréviations 343
Lexique 345
Conseils bibliographiques 353
Dans les codes 355

Abréviations

AEMO	action éducative en milieu ouvert (judiciaire)
AED	action éducative à domicile (administrative)
ASE	aide sociale à l'enfance (conseil général)
CAM	cour d'assises des mineurs
CASF	Code de l'action sociale et des familles
CASP	contrat d'accompagnement social personnalisé
CC	Code civil
CDDF	conseil des droits et devoirs des familles
CE	Code de l'éducation
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESEDA	Code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile
CFAS	Code de la famille et de l'action sociale (ancêtre du CASF)
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CIVI	commission d'indemnisation des victimes d'infraction
CJPM	Code de la justice pénale des mineurs
COJ	Code de l'organisation judiciaire
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CRP	contrat de responsabilité parentale
CSM	Conseil supérieur de la magistrature

CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
CT	Code du travail
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
GISTI	Groupe d'information et de soutien aux immigrés
JAF	juge aux affaires familiales (exerce aussi les fonctions de juge des tutelles des mineurs)
JAM	juge aux affaires matrimoniales (ancêtre du JAF)
JE	juge des enfants (ordonnance du 2 février 1945)
JEL	juge de l'enquête et des libertés (va remplacer le JI et le JLD)
JI	juge d'instruction
JIM	juge d'instruction des mineurs (fonction oubliée remise à la mode par le CJPM)
JLD	juge des libertés et de la détention
JM	juge des mineurs (CJPM)
JT	juge des tutelles (des majeurs)
JTM	juge des tutelles des mineurs (fonction exercée par le JAF)
MAJ	mesure d'accompagnement judiciaire
MASP	mesure d'accompagnement social personnalisé
SRP	stage de responsabilité parentale
TI	tribunal d'instance
TGI	tribunal de grande instance
TM	tribunal des mineurs (CJPM)
TPE	tribunal pour enfants (ordonnance du 2 février 1945)
TPS	tutelle aux prestations sociales (disparue)

Lexique

Abandon du domicile conjugal : délit imaginaire.

Abroger (une loi) : supprimer, annuler une loi (le Parlement abroge les lois).

Absence : état d'une personne dont on ignore si elle est morte ou vivante, quand aucun évènement tragique ne peut raisonnablement laisser penser qu'elle est morte ou décédée (le décès implique la présence d'un cadavre).

Accouchement dit « sous X » : accouchement anonyme prévu par les articles 326 CC et L. 222-6 CASF.

Acte authentique : écrit rédigé par un officier public (officier de l'état civil, notaire, huissier), qui fait foi jusqu'à preuve du contraire.

Acte de l'état civil : acte dressé par un officier de l'état civil ou un officier de l'état civil délégué pour attester de l'état d'une personne.

Acte de notoriété : acte dressé par un notaire ou un juge d'instance pour attester l'existence de faits « de notoriété publique ».

Action à fins de subsides : action de forcer le géniteur qui n'a pas reconnu l'enfant à lui verser une pension alimentaire sans que la filiation ne soit établie.

Ad hoc : pour ceci (cette locution latine a donné le mot « adéquat »).

Adoption : lien de filiation artificiel créé par un jugement du TGI.

Alliés : parents par alliance et non par le sang (gendre, beau-père).

Alinéa : paragraphe d'un article de code.

Arrondissement : division intermédiaire entre le canton et le département.

Assesseur : juge assis pendant l'audience collégiale à côté du président.

Audience : séance pendant laquelle une juridiction composée d'un ou plusieurs juges prend oralement connaissance d'une affaire, écoute les plaidoiries et les réquisitions du procureur.

Audience collégiale : séance pendant laquelle une juridiction composée de plusieurs juges (en général trois) prend oralement connaissance d'une affaire, écoute les plaidoiries et les réquisitions du procureur.

Autorité parentale : ensemble de prérogatives (droits, devoirs, obligations) dont les parents disposent pour élever leur enfant mineur non émancipé.

Avis de naissance : document adressé par la mairie du lieu de naissance à la mairie du lieu de domicile du ou des parents.

Baptême civil : copie dite républicaine du baptême religieux, sans valeur légale.

Bigamie : délit d'être marié deux fois (art. 433-20 CP), le nombre d'épouses (d'époux) en cas de polygamie n'est pas une circonstance aggravante.

Capacité juridique : permet d'exercer les droits dont on a la jouissance, la majorité civile donne la capacité civile.

Caractères (du nom) : le nom de famille est imprescriptible (sa durée est illimitée), indisponible (on ne peut pas le prendre), incessible (on ne peut pas le céder), et immuable (il ne change jamais).

Chambre du conseil : pièce attenante à la salle d'audience dans laquelle les juges se retirent pour délibérer, où se tiennent certaines audiences non publiques.

Code civil (CC) : compilation des lois et règlements de droit civil.

Code de procédure civile (CPC) : compilation des lois et des règlements de la procédure civile (qui détaille l'application du droit civil).

Collatéraux : parents qui descendent d'un auteur commun sans descendre les uns des autres (oncle, nièce, frère, sœur).

Communauté de vie : devoir des époux d'avoir des relations intimes.

Comparant : celui qui vient déclarer un événement à l'officier de l'état civil (naissance, décès), appelé aussi déclarant.

Conciliation : possibilité offerte au juge civil d'obtenir des plaideurs un arrangement à l'amiable ou une renonciation à la procédure.

Concubinage : union de fait de deux célibataires qui ne s'inscrit dans aucun cadre légal.

Contrat de mariage : convention par laquelle les époux fixent leur régime matrimonial (le statut de leurs biens pendant le mariage et leur sort à sa dissolution).

Curatelle : mesure de conseil et de contrôle d'un majeur protégé par un curateur.

Débouter : rejeter une demande en justice.

Déclarant : celui qui vient déclarer un événement à l'officier de l'état civil (naissance, décès), appelé aussi comparant.

Demande reconventionnelle : demande du défendeur qui ne se contente pas de se défendre, mais attaque en même temps le demandeur (droit civil).

Disparition : état d'une personne décédée suite à un événement tragique, dont on n'a pas retrouvé le corps.

Divorce : dissolution des liens du mariage.

Doctrine : étude et enseignement par les universitaires de la jurisprudence, de l'évolution et de l'application de la loi.

Dol : manœuvre malhonnête qui a pour objectif de tromper l'une des parties à un acte ou un contrat pour obtenir son consentement.

Domicile : lieu du principal établissement d'une personne physique (voir aussi domicile de dépendance, domicile élu, domicile de secours).

Émancipation : capacité d'exercice accordée à un mineur avant sa majorité, suite à son mariage ou à une décision du juge des tutelles des mineurs.

Empêchement dirimant : se dit d'une cause qui interdit la célébration du mariage (un empêchement dirimant), qui peut entraîner la nullité relative (vice de consentement, incapacité d'un époux), ou la nullité absolue (absence totale de consentement, mariage homosexuel, défaut d'âge légal, polygamie, clandestinité du mariage) du mariage déjà célébré.

Empêchement prohibitif : se dit d'une cause qui rend impossible la cérémonie, mais ne permet pas d'annuler le mariage déjà célébré.

État des personnes : ensemble des éléments du droit civil qui caractérise l'existence personnelle et familiale d'une personne physique.

Exequatur : traduction en droit français d'un jugement ou d'un acte judiciaire rendu à l'étranger selon un droit étranger.

Expédition (d'un acte de l'état civil) : copie intégrale d'un acte avec toutes ses mentions marginales.

Extrait (d'un acte de l'état civil) : copie épurée d'un acte de naissance ou de mariage, sans ses mentions marginales, avec ou sans filiation.

Filiation : lien de droit qui relie l'enfant à son père (filiation paternelle), à sa mère (filiation maternelle).

Filiation légitime : enfant né ou conçu pendant le mariage de ses parents entre eux (terminologie abrogée).

Filiation naturelle : enfant né de parents non mariés entre eux (terminologie abrogée).

Garde (de l'enfant) : droit reconnu à l'un des parents ou aux deux de contraindre son enfant mineur à vivre dans sa maison, de surveiller ses fréquentations (terminologie abrogée).

Greffe : service administratif placé auprès des magistrats du siège et du parquet qui effectue des tâches de secrétariat en étant garant du respect de la procédure.

Héritier : celui qui récupère le patrimoine (actif & passif) d'un défunt grâce à la loi (héritiers réservataires) ou au testament.

IGREC : instructions générales relatives à l'état civil, « bible » des services de l'état civil.

Incapacité juridique : prive de l'exercice des droits dont on conserve la jouissance soi-même (le mineur est vu incapable, l'incapacité du majeur en tutelle est désormais relative).

Indivision : système de propriété d'un bien à plusieurs, où chacun possède ce qu'il a investi.

Inceste : relation sexuelle entre parents et alliés dont le mariage est prohibé par la loi.

Journal officiel (de la République française) : diffuse les textes législatifs et les principaux textes réglementaires, les débats parlementaires et les annonces légales, sous la direction du Premier ministre.

Judiciaire : renvoie à la justice.

Juge : magistrat du siège, indépendant et inamovible, qui rend des jugements, des ordonnances ou des arrêts dans les juridictions judiciaires et administratives.

Juge aux affaires familiales (JAF) : juge d'instance (installé au TGI), délégué aux affaires familiales, exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs.

Juge des enfants : juge d'instance (installé au TGI) qui intervient en matière pénale (mineurs délinquants) et en matière civile (mineurs en danger).

Juge d'instance : juge polyvalent du tribunal d'instance ou de grande instance.

Juge des tutelles : juge d'instance (installé au TI), compétent pour le placement sous sauvegarde de justice, curatelle et tutelle des majeurs, de la présomption d'absence.

Jugement supplétif : décision d'un tribunal qui remplace un acte authentique qui n'a pas été établi ou qui a été détruit.

Juridique : renvoie au droit.

Jurisprudence : mémoire de la justice.

Juriste : qui a probablement appris le droit, mais ne l'a pas forcément compris.

Loi : texte voté par le pouvoir législatif détenu en France par le Parlement.

Main-courante : mention portée sur un registre de police qui a pour principal objectif d'apaiser celui qui la dépose.

Mainlevée : décision d'un juge ou d'un tribunal de mettre fin à une mesure (droit civil).

Majorité civile : âge d'acquisition de la capacité civile.

Majorité sexuelle : âge à partir duquel les mineurs peuvent valablement consentir à des relations sexuelles avec des majeurs qui n'ont pas autorité sur eux.

Mandat de protection future : permet de désigner par anticipation un représentant légal dont la mission débutera le jour où la personne ne pourra plus pourvoir seule à ses intérêts, faculté ouverte également aux parents d'enfants handicapés.

Mariage : acte juridique solennel par lequel un homme et une femme contractent volontairement une union dont le droit civil règle les effets.

Mentions marginales : mentions portées en marge d'un acte de l'état civil par un officier de l'état civil ou un officier de l'état civil délégué pour pallier à l'absence de centralisation des actes.

Ministère public : rôle des magistrats du parquet (procureur de la République) qui sont chargés de défendre les intérêts de la société en requérant l'application de la loi en notre nom à tous.

Nom de famille : nom que chacun porte a priori de sa naissance à son décès.

Nom de jeune fille : appellation populaire du nom de famille des personnes d'origine féminine.

Nom patronymique : appellation ancienne du nom de famille (terminologie abrogée).

Nom d'usage : nom de famille non officiel porté par convenance personnelle.

Obligation alimentaire : somme versée par un obligé alimentaire à celui ou celle dont il est obligé.

Officier de l'état civil : officier public chargé sous l'autorité du procureur de la République de la tenue des registres de l'état civil et de la publicité des actes.

Pacte civil de solidarité (PACS) : engagement entre deux personnes de même sexe ou de sexe opposé matérialisé par la signature d'un pacte et d'une convention.

Parquet : service dirigé par le procureur de la République, composé de ses adjoints et de ses substituts.

Patrimoine : ensemble des biens et des obligations.

Pension alimentaire : somme versée par un obligé alimentaire à, quelqu'un a qui il doit des aliments.

Péremption d'instance (civile) : l'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans (art. 386 CPP).

Période légale (de conception) : du 300ᵉ au 180ᵉ jour inclus avant sa date de naissance.

Personne physique : individu de chair et de sang.

Personne morale : entité qui dispose d'une personnalité juridique propre, de droit privé (entreprises, associations) ou de droit public (collectivités territoriales, administrations, établissements publics).

Possession d'état : ensemble des éléments qui permettent à quelqu'un de revendiquer un état qu'il possède de fait (il en a l'apparence) mais pas de droit (il n'en a pas le titre).

Prénom : complément du nom qui permet d'identifier l'individu au sein de sa famille.

Présomption (de paternité) : s'applique à l'enfant conçu ou né pendant le mariage de ses parents entre eux.

Prestation compensatoire : somme versée en une fois (capital), ou mensualisée sur huit ans (rente), par un des deux époux à l'autre, pour compenser la baisse du niveau de vie consécutive à un divorce.

Procréation médicalement assistée : pratique chimique et biologique qui permet la conception d'enfants *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique permettant la procréation autre que naturelle.

Procureur de la République : magistrat qui dirige le parquet du tribunal de grande instance et exerce la fonction de ministère public.

Pupille : personne placée sous tutelle.

Pupille de l'État : enfant sans parents, placé sous la tutelle de l'État en attente d'être adopté.

Pupille de la Nation : enfant dont un des parents est décédé au service de la France, pris en charge financièrement par la Nation reconnaissante.

Putatif (mariage putatif) : mariage qui a été déclaré nul, qui produit tout de même ses effets à l'égard du ou des époux qui l'a ou l'ont contracté de bonne foi, ainsi qu'à l'égard des enfants.

Reconnaissance (d'enfant naturel) : déclaration recueillie dans un acte authentique d'une personne qui déclare être le père ou la mère d'un enfant.

Relaxer : ne pas condamner (pénal) ; correspond à « acquitter » devant la Cour d'Assises.

Répertoire civil : classeur tenu au greffe du parquet du tribunal de grande instance, dans lequel sont conservés des jugements ou des actes

authentiques dont l'existence est mentionnée sous forme de mention numérotée en marge des actes de naissance ou de mariage.

Résidence alternée : possibilité offerte au JAF de fixer la résidence de l'enfant chez l'un et l'autre de ses deux parents, la résidence alternée est de fait depuis le 4 mars 2002 quand les parents exercent en commun l'autorité parentale.

Séparation (de corps) : relâchement du lien matrimonial prononcé par le JAF.

Séparation (de fait) : décision des époux ou de l'un d'eux en dehors de tout cadre judiciaire.

Sujet de droit : personne titulaire de la personnalité juridique.

Testament : dernières volontés d'une personne qui dispose de ses biens après son décès.

Tutelle : système de représentation, par un tuteur d'un majeur protégé.

Viabilité (de l'enfant) : est considéré viable l'enfant né *après un terme de 22 semaines d'aménorrhée ou pesant plus de 500 grammes* (Cour de cassation, 30 novembre 2001).

Vice de consentement : consentement donné par erreur, extorqué par violence, dol.

Vice de fond : erreur ou oubli dans la procédure ou dans l'action, qui peut la rendre caduque.

Vice de forme : erreur ou oubli dans la manière dont la procédure ou l'action a été menée, qui peut la rendre caduque.

Violence : acte délibéré ou non qui provoque chez celui qui en est victime un trouble physique ou moral ayant ou non des conséquences sur ses biens.

Conseils bibliographiques

Beccaria, Cesare, *Des délits et des peines*, Flammarion GF, n° 633.

Huyette, Michel, *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, Dunod, 2009.

Lebrun, Pierre-Brice, *La responsabilité civile et pénale des travailleurs sociaux*, Territorial, 2009.

Lebrun, Pierre-Brice, *L'autorité parentale en clair*, Ellipses, 2010.

Lebrun, Pierre-Brice, *L'Essentiel de l'autorité parentale*, Ellipses, 2010.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *De l'esprit des lois*, tome 1, Flammarion GF, n° 325.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *De l'esprit des lois*, tome 2, Flammarion GF, n° 326.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *De l'esprit des lois, extraits*, Petits classiques Larousse

Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Flammarion GF, n° 1058.

Wong Catherine, *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, Dunod, 2009.

Dans les codes...

1. L'AUTORITÉ PARENTALE

Code civil - article 371 L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

Code civil - article 371-1 L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

Code civil - article 371-2 Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur.

Code civil - article 371-3 L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.

Code civil - article 371-4 L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.

Code civil - article 371-5 L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs.

2. LA PROTECTION DE L'ENFANCE

Code civil - article 375 Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil général, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L 226-4 du code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel. Elles peuvent être ordonnées en même temps pour plusieurs enfants relevant de la même autorité parentale. La décision fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse, lorsqu'il s'agit d'une mesure éducative exercée par un service ou une institution, excéder deux ans. La mesure peut être renouvelée par décision motivée. Cependant, lorsque les parents présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale, une mesure d'accueil exercée par un service ou une institution peut être ordonnée pour une durée supérieure, afin de permettre à l'enfant de bénéficier d'une continuité relationnelle, affective et géographique dans son lieu de vie dès lors qu'il est adapté à ses besoins immédiats et à venir. Un rapport concernant la situation de l'enfant doit être transmis annuellement au juge des enfants.

Code de l'action sociale et des familles (CASF) - article L226-4 (extrait)

I. - Le président du conseil général avise sans délai le procureur de la République lorsqu'un mineur est en danger au sens de l'article 375 du code civil et : 1° Qu'il a déjà fait l'objet d'une ou plusieurs actions (qui) n'ont pas permis de remédier à la situation ; 2° Que, bien que n'ayant fait l'objet d'aucune des actions mentionnées au 1°, celles-ci ne peuvent être mises en place en raison du refus de la famille d'accepter l'intervention du service de l'aide sociale à l'enfance ou de l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de collaborer avec ce service. Il avise également sans délai le procureur de la République lorsqu'un mineur est

présumé être en situation de danger au sens de l'article 375 du code civil mais qu'il est impossible d'évaluer cette situation. Le président du conseil général fait connaître au procureur de la République les actions déjà menées, le cas échéant, auprès du mineur et de la famille intéressés. Le procureur de la République informe dans les meilleurs délais le président du conseil général des suites qui ont été données à sa saisine.

II. - Toute personne travaillant au sein des organismes mentionnés au quatrième alinéa de l'article L. 226-3 qui avise directement, du fait de la gravité de la situation, le procureur de la République de la situation d'un mineur en danger adresse une copie de cette transmission au président du conseil général. Lorsque le procureur a été avisé par une autre personne, il transmet au président du conseil général les informations qui sont nécessaires à l'accomplissement de la mission de protection de l'enfance confiée à ce dernier et il informe cette personne des suites réservées à son signalement, dans les conditions prévues aux articles 40-1 et 40-2 du code de procédure pénale.

Code civil - article 375-1 Le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative. Il doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant.

Code civil - article 375-2 Chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel. Dans ce cas, le juge désigne, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre. Cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l'enfant et d'en faire rapport au juge périodiquement. Lorsqu'il confie un mineur à un service mentionné au premier alinéa, il peut autoriser ce dernier à lui assurer un hébergement exceptionnel ou périodique à condition que ce service soit spécifiquement habilité à cet effet. Chaque fois qu'il héberge le mineur en vertu de cette autorisation, le service en informe sans délai ses parents ou ses représentants légaux ainsi que le juge des enfants et le président du conseil général. Le juge est saisi de tout désaccord concernant cet hébergement. Le juge peut aussi subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu à des obligations particulières, telles que celle de fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation,

ordinaire ou spécialisé, le cas échéant sous régime de l'internat ou d'exercer une activité professionnelle.

Code civil - article 375-3 Si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier : 1° à l'autre parent ; 2° à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ; 3° à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ; 4° à un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ; 5° à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé. Toutefois, lorsqu'une requête en divorce a été présentée ou un jugement de divorce rendu entre les père et mère ou lorsqu'une requête en vue de statuer sur la résidence et les droits de visite afférents à un enfant a été présentée ou une décision rendue entre les père et mère, ces mesures ne peuvent être prises que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers. Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le juge aux affaires familiales de décider, par application de l'article 373-2 à qui l'enfant devra être confié. Les mêmes règles sont applicables à la séparation de corps.

Code civil - article 375-4 Dans les cas spécifiés aux 1°, 2°, 4° et 5° de l'article précédent, le juge peut charger, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert d'apporter aide et conseil à la personne ou au service à qui l'enfant a été confié ainsi qu'à la famille et de suivre le développement de l'enfant. Dans tous les cas, le juge peut assortir la remise de l'enfant des mêmes modalités que sous l'article 375-2 troisième alinéa. Il peut aussi décider qu'il lui sera rendu compte périodiquement de la situation de l'enfant.

3. LA FILIATION

Code civil - article 310 Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux.

Code civil - article 310-1 La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi,

par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété. Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au chapitre III du présent titre.

Code civil - article 310-2 S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit.

Code civil - article 161 *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.*

Code civil - article 162 *En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur.*

Code civil - article 310-3 La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état. Si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action.

Code civil - article 311 La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions.

Code civil - article 311-1 La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont : 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ; 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ; 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ; 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue.

Code civil - article 311-2 La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque.

Code civil - article 311-14 La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.

Code civil - article 311-15 Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.

Code civil - article 311-17 La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant.

4. LE NOM DE FAMILLE

Code civil – article 311-21 Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont l'un au moins des parents est français, les parents qui n'ont pas usé de la faculté de choix du nom dans les conditions du précédent alinéa peuvent effectuer une telle déclaration lors de la demande de transcription de l'acte, au plus tard dans les trois ans de la naissance de l'enfant. Lorsqu'il a déjà été fait application du présent article ou du deuxième alinéa de l'article 311-23 à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour les autres enfants communs. Lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants.

Code civil – article 311-22 Les dispositions de l'article 311-21 sont applicables à l'enfant qui devient français en application des

dispositions de l'article 22-1 dans les conditions fixées par un décret pris en Conseil d'État.

Code civil – article 311-23 Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, l'enfant prend le nom de ce parent. Lors de l'établissement du second lien de filiation puis durant la minorité de l'enfant, les parents peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Le changement de nom est mentionné en marge de l'acte de naissance. Toutefois, lorsqu'il a déjà été fait application de l'article 311-21 du deuxième alinéa du présent article à l'égard d'un autre enfant commun, la déclaration de changement de nom ne peut avoir d'autre effet que de donner le nom précédemment dévolu ou choisi. Si l'enfant a plus de treize ans, son consentement personnel est nécessaire.

Code civil – article 311-24 La faculté de choix ouverte en application des articles 311-21 et 311-23 ne peut être exercée qu'une seule fois.

5. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Code civil - article 1382 Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Code civil - article 1383 Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Code civil - article 1384 On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre

propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil. Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.

6. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

Code pénal – article 121-1 Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.

Code pénal – article 121-2 (extrait) Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits [...].

Code pénal – article 122-1 N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.

La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime.

Code pénal – article 122-2 N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister.

Code pénal – article 122-3 N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.

Code pénal – article 122-4 N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.

Code pénal – article 122-5 N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction.

Code pénal – article 122-6 Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte : 1° Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ; 2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.

Code pénal – article 122-7 N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

Code pénal – article 122-8 *(sera probablement modifié lors de la promulgation du Code de la justice pénale des mineurs)*

Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les

mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet.

Cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge.

Table des matières

Avant-propos VII

Partie 1
Le droit : les acteurs et le décor

Chapitre 1 **Le droit et l'arborescence du droit** 3

1. Objectif ou subjectifs ? 6
2. Les sources du droit 9
3. Le droit civil 13
4. Le droit pénal 17
5. Le droit pénal des mineurs 26

Chapitre 2 **Les juridictions** 31

1. Les magistrats de l'ordre judiciaire 33
2. Les magistrats de l'ordre administratif 36
3. Les auxiliaires de justice (avocats, greffiers, huissiers) 36

4.	Les juridictions de premier ressort	38
5.	Les juridictions d'appel et de pourvoi	42
6.	Les juridictions administratives	43
7.	La Cour européenne des droits de l'Homme	45
Chapitre 3	**Les responsabilités**	47
1.	La responsabilité civile	49
2.	La responsabilité pénale	51
3.	La responsabilité civile et pénale du mineur	52
4.	La responsabilité civile et pénale des parents	53
5.	La responsabilité éducative des parents	55
6.	La responsabilité civile, pénale et disciplinaire (ou administrative) du travailleur social	59

Partie 2
Le droit de la famille
De la naissance à la mort

Chapitre 4	**L'état civil et l'état des personnes**	73
1.	L'organisation de l'état civil	76
2.	La naissance et l'acquisition de la personnalité juridique	83
3.	Les éléments d'identification de l'individu	91
4.	Le nom de famille	100
Chapitre 5	**La filiation**	105
1.	La filiation : bref historique	107

2. La filiation : avant le 1er juillet 2006 108

3. La filiation : depuis le 1er juillet 2006 110

Chapitre 6 **L'adoption** 121

1. Les conditions pour être adoptant 124

2. Les conditions pour être adopté 126

3. Les effets des adoptions 130

Chapitre 7 **La minorité, la majorité et l'émancipation** . 133

1. Évolutions de la majorité 135

2. Droits et minorité 136

3. Majorité et émancipation 137

Chapitre 8 **Le mariage** 141

1. Les conditions de fond du mariage 143

2. Les conditions de forme du mariage 149

3. Les empêchements au mariage 150

4. Les régimes matrimoniaux 152

5. Les effets du mariage 155

Chapitre 9 **Le PACS et le concubinage** 157

1. Le concubinage 159

2. Le pacte civil de solidarité (PACS) 160

Chapitre 10 **Le divorce et la séparation** 165

1. La séparation 168

2.	Le divorce avant 2005	171
3.	Le divorce depuis 2005	173
4.	Les effets du divorce	180
Chapitre 11	**Les obligations alimentaires**	183
1.	Les obligations alimentaires naissent du mariage	185
2.	Les obligations alimentaires naissent de la filiation	188
3.	L'abandon de famille	191
4.	Le calcul de l'obligation alimentaire	192
Chapitre 12	**La protection des majeurs**	195
1.	Avant la réforme	198
2.	Après la réforme	201
3.	Le fonctionnement des mesures de protection	217
4.	Le mandat de protection future	222
Chapitre 13	**Le décès, l'absence et la disparition**	229
1.	Le décès	231
2.	La disparition	233
3.	L'absence	234

Partie 3
L'autorité parentale et la protection de l'enfance

Chapitre 14	**Généralités sur l'autorité parentale**	241
1.	L'autorité parentale appartient aux père et mère	243

2. L'autorité parentale permet aux père et mère de protéger l'enfant 243

3. L'autorité parentale confère des droits, des devoirs et des obligations 244

4. L'autorité parentale est une notion récente 245

5. L'évolution de l'autorité parentale s'inscrit dans l'évolution des droits reconnus aux femmes 248

6. L'autorité parentale permet d'être, elle ne permet pas de faire 249

Chapitre 15 **L'acquisition et le retrait de l'autorité parentale** 251

1. L'acquisition de l'autorité parentale et de son exercice dans la famille légitime 253

2. L'acquisition de l'autorité parentale et de son exercice dans la famille naturelle 256

3. L'acquisition de l'autorité parentale et de son exercice dans la famille adoptive 259

4. Le retrait de l'autorité parentale, le délaissement et l'abandon d'enfant 259

Chapitre 16 **L'exercice de l'autorité parentale** 263

1. La suspension de l'exercice 267

2. La délégation de l'exercice 267

3. L'autorité parentale et son exercice après la séparation des parents 269

4. L'autorité parentale des parents mineurs et des parents majeurs protégés 273

Chapitre 17 **L'autorité parentale et les tiers** 277
1. Les grands-parents 279
2. Les beaux-parents 280
3. Le décès des parents 282
4. La tutelle des mineurs 285

Chapitre 18 **Les attributs de l'autorité parentale** 291
1. Le droit coutumier de correction 293
2. L'administration légale 298
3. Le mineur a des droits 300

Chapitre 19 **La protection de l'enfant en danger, ou en risque de l'être** 313
1. Petit historique de la protection de l'enfance 317
2. La réforme de la protection de l'enfance 321
3. Le signalement de l'enfant en danger ou en risque de l'être 324
4. Les mesures de protection de l'enfant en danger ou en risque de l'être 331

Annexes 341

54470 - (I) - (1,5) - CSB 90° - CPW - VCT

Achevé d'imprimer sur les presses de
Snel
Z.I. des Hauts-Sarts - Zone 3
Rue Fond des Fourches 21 – B-4041 Vottem (Herstal)
Tél +32(0)4 344 65 60 - Fax +32(0)4 286 99 61
décembre 2010 – 52628

Dépôt légal : janvier 2011

Imprimé en Belgique

1. Le droit : les acteurs et le décor

Le droit et l'arborescence du droit

Les juridictions

Les responsabilités

2. Le droit de la famille : de la naissance à la mort

L'état civil et l'état des personnes

La filiation

L'adoption

La minorité, la majorité et l'émancipation

Le mariage

Le PACS et le concubinage

Le divorce et la séparation

Les obligations alimentaires

La protection des majeurs

Le décès, l'absence et la disparition

3. L'autorité parentale et la protection de l'enfance

Généralités sur l'autorité parentale

L'acquisition et le retrait de l'autorité parentale

L'exercice de l'autorité parentale

L'autorité parentale et les tiers

Les attributs de l'autorité parentale

La protection de l'enfant dit en danger, ou en risque de l'être

GUIDES D'ACTION SOCIALE



Pierre-Brice Lebrun

GUIDE PRATIQUE DU DROIT DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANT

EN ACTION SOCIALE ET MÉDICO-SOCIALE

Ce guide raconte le droit aux acteurs sociaux et médico-sociaux. Il détaille le droit de la famille de la naissance au décès. Il l'explique de manière simple et concrète.

La réponse juridique à une question en apparence simple (qui peut administrer des médicaments dans une structure sociale ou médico-sociale ? le secret professionnel peut-il se partager ? etc.) est le résultat de la mise en perspective d'un certain nombre d'articles issus de différents codes, complétée de jurisprudences mâtinées de principes juridiques. On ne la trouve donc pas en feuilletant un code : **ce guide pratique aidera en revanche chacun à se poser au bon moment les bonnes questions, pour pouvoir trouver, au bon endroit, les bonnes réponses.**

Il s'efforce de ne pas découper le droit en tranches et de situer chaque domaine exploré dans l'immensité de la matière juridique. Il pose, pour que chacun arrive à s'y retrouver, des jalons quasi géographiques : il trace des pistes, construit des ponts pour tisser des liens entre le droit civil, le droit pénal, la santé et l'action sociale ou médico-sociale.

Ce guide pratique s'exprime en français : même le profane et l'allergique – c'est une bonne nouvelle ! – ne le trouveront pas rébarbatif.



9 782100 544707
6902522
ISBN 978-2-10-054470-7

La Gazette Santé Social
LE MENSUEL DES ACTEURS SANITAIRES ET SOCIAUX



DUNOD
www.dunod.com